# Die einseitigen Fristfestsetzungen

## im BGB.

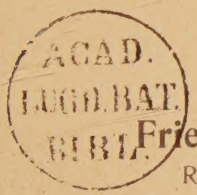
---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät der Universität Rostock




vorgelegt von

**Friedrich Schneider,**
Referendar in Samter.

---

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903.

Meinem Vater

gewidmet.

# Anordnung.

I. Einleitung.

§ 1. Abgrenzung der Aufgabe . . . . . 9
§ 2. Der Entwurf I . . . . . 13

II. Die einseitige Fristfestsetzung im BGB.

§ 3. Der Entwurf II . . . . . 16
§ 4. Die einzelnen Fälle . . . . . 23
§ 5. Das Wesen der einseitigen Fristsetzung
I. Sie ist ein einseitiges Rechtsgeschäft 29
II. Was heisst angemessen? . . . . . 36
III. Auslegung des § 415 : 2,2 . . . . . 41
IV. Angemessene oder individuell bestimmte Frist . . . . . 44
V. Zu kurze Frist . . . . . 49
VI. Zu lange Frist . . . . . .

III. Der § 326 BGB. im besonderen.

§ 6. Anwendung und Folgen des Fristsetzungsverfahrens in § 326 . . . . . 50
§ 7. Nichtanwendbarkeit des Fristsetzungsverfahrens in § 326 : 1 . . . . . 56
I. Bei Abnahmeverzug . . . . . 56
II. Bei Interessenwegfall . . . . . 63

III. Wenn die Versäumung der Leistungszeit gleich der Unmöglichkeit der Leistung ist. 65
§ 8. Anwendung des Fristbestimmungsverfahrens vor dem Fälligkeitstermine . . . . . 65
§ 9. Fristbestimmungsverfahren bei positiver Vertragsverletzung durch den Verkäufer 72

# Litteratur.


Beer, Dr. Ludwig, Das Recht der Wohnungsmiete- Leipzig, 1903.

von Blume, Schuldübernahme, Iher. Jb. Bd. 39, S. 403 ff.

Brückmann, Fristsetzung bei Erfüllungsver. weigerung, Dtsche Jur. Ztg. Bd. 7, S. 221.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB.

Dernburg, Bürgerliches Recht.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuche.

Emerich, Dr. Heinrich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem BGB., Jena, 1899.

Eneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. III, VI, VIII und X.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Erler, in „das Recht", Bd. 5, S. 421.

Fischer-Henle, Kommentar zum BGB., 4 Aufl.

Fleck, Ernst, Die Verzugslehre und der Entwurf eines HGB., Kohl. A. Bd. 12, S. 252 ff.

Frisch, Walter, Die Ansprüche auf Wandlung und Minderung beim Werkvertrage nach BGB., Inaug. Dissert., Rostock, 1902.

Goldmann-Lilienthal, Das BGB., systematisch dargestellt.

Herz, Karl, Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme, Inaug. Dissert., Göttingen, 1901.

Hölder, Kommentar zum BGB., II. Bd., Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse.

Kohler, Zwölf Studien zum BGB.: Rücknahmeverzicht, Arch. f. BR. Bd. 13, S. 219.

Krettner, Anton, Die Schuldübernahme nach dem BGB., Inaug. Dissert., Erlangen, 1898.

Laband, Abnahmeverpflichtung, Arch. f. civ. Pr., Bd. 74, S. 303.

Leistner, Jakob, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem Rechte des BGB., Inaug. Dissert., Erlangen, 1900.

Leo, Julius, Die Wahl bei der Alternativobligation nach römischem und gemeinem Rechte und nach dem BGB., Inaug. Dissert., Erlangen, 1897.

Leonhard, Franz, Die Wahl bei der Wahlschuld, Iher. Jb. Bd. 41 (1900), S. 1 ff.

Leonhard, Dr., Rudolf, Der allgemeine Teil des BGB. in „das Recht des BGB. in Einzeldarstellungen“ No. X.

Litten, Die Wahlschuld im Bürg. Recht, Berlin, 1903.

Littmann, Ismar, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage nach dem BGB., Inaug. Dissert., Rostock, 1901.

Marcus, Alfred, Die Wahlschuld des BGB. für das deutsche Reich, Inaug. Dissert., Breslau, 1899.

Mittelstein, Dr., Max, Die Miete nach dem Rechte des deutschen Reichs, Berlin, 1900.

Matthias, Lehrbuch des BGB.

Motive zum Entwurf eines BBG.

Neumann, Kommentar zum BGB., 2. Aufl.

Niedner, In der deutsch. Jur. Ztg., Jg. VI, S. 443

Niendorff, Oskar, Mietrecht nach dem neuen BGB., Berlin, 1901.

Oertmann, Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse.

Ders., Im Arch. f. civ. Pr., Bd. 15, S. 455.

Paech, Dr. jur., Der Leistungsverzug, eine Studie zum BGB., Berlin, 1902.

Protokolle der Kommission zur Beratung des BGB.

Ramdohr, Grundriss für das Studium des deutschen Privatrechts, Posen, 1902.

Rehbein, Kommentar zum BGB.

Regelsberger, Zur Lehre von der Schuldübernahme, Ih. Jb. Bd. 39, S. 463.

Rehbein, Georg, mora debitoris, eine Studie zum BGB., Inaug. Diss., Halle, 1897.

Riezler, Dr., Erwin, Der Werkvertrag nach dem BGB., Jena, 1900.

Rocholl, Das Eherecht des BGB., Berlin, 1900.

Romeik, Fristbestimmung, II. Heft von: Zur Technik des BGB.

Rosenberg, Fristbestimmung bei Erfüllungsverweigerung, Jur. Mon. Schr. f. Posen etc., 5 Jg. 1902, S. 37—39.

Schöller, Dr., W., Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung etc., bei Gruchot, Bd. 46.
Simonson, In der deutsch. Jur. Ztg. Jg. 8, S. 121.
Soergel, Rechtssprechung 1900/1901 und 1902.
Staudinger, Kommentar zum BGB.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Ders., Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in der Guttentag'schen Festschrift für den XXVI. deutsch. Juristentag, S. 29 ff.
Stammler, Prof., Dr., R., Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren in: Das Recht des BGB. in Einzeldarstellungen Nr. V.
Sczkolny-Caro, Kommentar zum BGB.
Teutsch, In den Blättern für Rechtsanwendung, Bd. 66, S. 486.
Tumkowsky, Dr. jur., Adolf, Der Mängelanspruch des Mieters nach BGB., Leipzig, 1902.
Türcke-Niedenführ, Das Bürg. Recht, 2. Bd. 1900.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl.

---

Zeichenerklärung:

§ 1128: 1,1 bedeutet: § 1128 Absatz 1, Satz 1.

# I. Einleitung.

## § 1.
## Abgrenzung der Aufgabe.

Wenn hier von den einseitigen Fristfestsetzungen im BGB. die Rede ist, so scheiden aus der Betrachtung von vornherein diejenigen Fälle aus, in welchen zwar auch eine einseitige Willenserklärung mit einem nach Ablauf einer bestimmten Frist eintretenden Präjudiz vorliegt, diese Frist aber entweder:

a) eine gesetzlich festgesetzte ist, wie z. B. in den Fällen der §§ 108: 2 der mit einem Minderjährigen abschliessende Dritte fordert den gesetzlichen Vertreter zur Genehmigung des Vertrages auf:

Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden. Ähnlich § 177: 2. Ferner 1128, 1: 1: der Versicherer eines Gebäudes kann die Versicherungssumme dem Versicherten mit Wirkung gegen seinen Hypothekengläubiger erst zahlen, wenn er oder der Versicherte den Eintritt des Schadens dem Hypothekengläubiger angezeigt

hat und seit der Anzeige ein Monat verstrichen ist. 1234; 1396: 2 u. a.

b) oder eine vom Richter festzusetzende ist, wie beispielsweis in den Fällen der §§:

1052: Bevor Zwangsverwaltung des Niessbrauchs angeordnet wird, hat auf Antrag des Eigentümers das Gericht dem Niessbraucher eine Frist zur Sicherheitsleistung zu bestimmen.

1994: 1. Auf Antrag eines Nachlassgläubigers hat das Nachlassgericht dem Erben eine Frist zur Errichtung des Inventars zu bestimmen;

2198: 2 u. a. Diese gesetzlich bestimmten oder vom Richter zu bestimmenden Fristen interessieren hier nur für die Frage, warum das BGB. die Fristbestimmung in den einen Fällen den Privaten überlassen, in den anderen aber eine Frist gesetzlich fixiert, bezw. vom Richter fixierbar gemacht hat.

So z. B. war auch im Falle des § 108: 2 in den Kommissionsberatungen der Antrag gestellt worden, den Abs. 5 von E. I, § 65 (108: 2 BGB.) so zu fassen:

„Als Verweigerung der Genehmigung gilt es, „wenn der gesetzliche Vertreter binnen einer ihm „von dem anderen Vertragschliessenden zu be„stimmenden angemessenen Frist eine ausdrückliche „Erklärung nicht abgibt."

Zu Gunsten dieses Antrages war geltend gemacht worden,

„dass die feste gesetzliche Frist der grossen Ver„schiedenheit der Fälle nicht gerecht zu werden „vermöge."

Dennoch lehnte die Kommission diesen Antrag mit der Begründung ab, dass ja dem Vertragsgegner schon das Rücktrittsrecht zustehe, die Erklärungsaufforderung also nur dann von Bedeutung sei,

„wenn der andre Teil wissentlich mit einem ohne „Einwilligung handelnden Minderjährigen kontrahiert „habe, dass aber in diesem Falle dem Anderen die „Vereinbarung einer kürzeren Frist freistehe.

„Ferner besorgte man von dem Erfordernis „einer angemessenen Frist eine bedenkliche Un„gewissheit der Lage des Gegners und vielfache „Streitigkeiten."

Denn hier handelt es sich um die wichtige Frage, ob überhaupt ein giltiger Vertrag besteht, während da, wo das Gesetzbuch die private Fristbestimmung zulässt, diese Vorfrage meist erledigt ist.

Ausserdem stehen hier die Interessen eines Minderjährigen auf dem Spiele, für den durch eine gesetzliche Frist besser gesorgt ist, als durch eine private Fristsetzung.

Andererseits aber, hätte das BGB. überhaupt nichts von Fristsetzung in § 108 : 2 gesagt, so bliebe „die Entscheidung über die Erteilung oder Ver„weigerung der Genehmigung auf unbegrenzte Zeit „der Willkür des gesetzlichen Vertreters, bezw. des „geschäftsfähig gewordenen Minderjährigen anheim„gestellt" (Mot. Bd. I, S. 136).

Ähnliche Gründe wie bei § 108 : 2 sprechen auch bei § 177 : 2 für eine gesetzliche Frist.

Wie bei § 108 : 2 war auch bei § 1052: 1, 2 beantragt worden, dass die Frist für die Sicherheits-

leistung mit dem Präjudiz der Zwangsverwaltung nicht vom Gericht, sondern vom Eigentümer, also einem Privaten, gesetzt werden solle, und zwar als „angemessene" Frist. Die Kommission lehnte jedoch diesen Antrag ab, weil es sich nicht empfehle, die Feststellung der Frist dem Eigentümer zu überlassen, „vielmehr sei es für richtiger zu erachten, dass „einer so einschneidenden Massregel, als welche sich „die Sequestration darstelle, ein gerichtliches Ver„fahren und eine sich daran schliessende gerichtliche „Feststellung der Frist zur Sicherheitsleistung vor„hergehe" (Prot. bei Mugdan, Bd. III, S. 753).

Ein besonders charakteristischer Fall ist der des § 1994 (vgl. oben S. 10):

Die richterliche Feststellung der Frist ist hier damit zu begründen, dass der Nachlassgläubiger, der neben vielen anderen als einzelner steht, nicht im entferntesten in der Lage ist, die ganze Sachlage zu übersehen, mithin eine von ihm gesetzte Frist nie eine „angemessene" sein könnte.

Die Gründe also, weswegen das Gesetz an vielen Stellen, wo es auch eine private Fristsetzung hätte einführen können, eine gesetzliche Frist fixiert, bezw. eine richterliche Fristbestimmung zulässt, sind entweder Mangel an praktischem Bedürfnis für Einführung der privaten Fristsetzung bei den betreffenden Rechtsfällen (so in § 108 : 2 und 177 : 2) oder die Erwägung, dass zu schwere Folgen auf dem Spiele stehen, als dass man die Fristsetzung den Privaten überlassen könnte (so in 1052 : 1, 2 und 1994 : 1).

## § 2.
## Der Entwurf I.

Der Entwurf I eines BGB. von 1888 kannte nur sechs[1] Fälle der privaten Fristsetzung, und zwar in den §§ 210 (BGB. 264 : 2), bei Verzug des wahlberechtigten Gläubigers, — 243, bei rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners 315, bei der Schuldübernahme — 569 : 1 (BGB. 634 : 1), bei Mängeln des bestellten Werkes, — 1073 (BGB. 1133), bei Gefährdung einer Hypothek durch Verschlechterung des Grundstücks, — und 1258 : 2, 2 (BGB. 1347), beim Wahlrecht eines Ehegatten zwischen Nichtigkeitsfolgen und Ehescheidungsrecht.

In Betreff § 210 E. I sagen die Motive: „Eine Verpflichtung des Wahlberechtigten, die Wahl „vorzunehmen, bestehe nicht. Auch gehe nach der „heuzutage herrschenden[2] auch in die Gesetzgebung

A. 1) Nicht sieben, wie Romeik, S. 13, durch Hinzurechnen von § 473 BGB. will. § 473 des E. I lautete vielmehr:

„Als Missbilligung des Käufers gilt es, wenn derselbe nicht „innerhalb der vereinbarten Frist, und in Ermanglung einer „vereinbarten Frist, wenn er nicht unverzüglich auf die nach „Ablauf einer den Umständen nach angemessenen „Frist von dem Verkäufer an ihn gerichtete Aufforderung sich „erklärt."

A. 2) Vergl. Windscheid, § 346 Z. 10: „So wenig der Ver„zug des Schuldners das dem Schuldner zustehende Wahlrecht „auf den Gläubiger übergehen macht, macht der Verzug des „Gläubigers das dem Gläubiger zustehende Wahlrecht auf den „Schuldner übergehen." Das gemeine Recht hatte hier eine empfindliche Lücke, da sich die l. 6—8 D. 33,5 nur auf die optio legata, nicht auf alternative Schuldverhältnisse im allgemeinen bezog. Die Rechtsprechung vor 1900 half sich schliesslich damit, dass sie eine nach Treu und Glauben bestehende, erzwingbare Verpflichtung des Gläubigers annahm. Näheres darüber vgl. bei Julius Leo, a. a. O

„übergegangenen Ansicht das Wahlrecht durch Ver-„zug nicht verloren."

In § 210: 2 (BGB. 264: 2) wird nun dem Schuldner ein Weg eröffnet, um sich dem wahlberechtigten säumigen Gläubiger gegenüber Klarheit der Situation zu verschaffen; dieser Weg ist die einseitige Fristsetzung; nimmt der säumige Gläubiger innerhalb einer ihm vom Schuldner bestimmten angemessenen Frist die Wahl nicht vor, so geht das Wahlrecht auf den Schuldner über.

Im Anschluss an die Vorschrift des § 210: 2 E. I. wurde auch die einseitige Fristfestsetzung in § 1258: 2, 2 des E. I. (BGB. 1347: 2) „für ratsam erachtet" [3]

Der zweite Hauptfall der privaten Fristbestimmung war in E. I. der Fall des § 243 (BGB. 283).

Nach gemeinem Rechte konnte die Interessenklage erst erhoben werden, wenn die Zwangsvollstreckung sich als unausführbar erwiesen hatte, bezw. die Leistungunmöglichkeit festgestellt war (vergl. Mot. II, S. 53 und Romeik a. a. O. S. 23).

---

A. 3) Ähnliche Schwierigkeiten, wie für die Wahlobligation, entstanden unter der Herrschaft des alten HGB. für den Spezifikationsverkauf. Es war fraglich, ob die Spezifikation ein von der Person des Käufers trennbares Recht sei, und da dies verneint wurde, ob es eine Klage auf Vornahme der Spezifikation gebe, ob der die Spezifikation versäumende Käufer in Annahme- oder Leistungsverzug oder keinen von beiden komme. Alle diese Fragen sind überflüssig geworden durch § 375 des neuen HGB., wonach der Verkäufer die Spezifikationsbefugnis mit dem Verzuge des Käufers erlangt oder das Fristbestimmungsverfahren des § 326 BGB. anwenden kann. Vgl. Romeik, a. a. O. S 5—13

Dies war für den Gläubiger ein sehr umständliches Verfahren und entsprach durchaus nicht dem praktischen Bedürfnisse.

Darum bestimmte E. I. in § 243 (übereinstimmend BGB. 283), dass der Gläubiger, wenn der Schuldner rechtskräftig verurteilt ist, ihm eine angemessene Frist bestimmen kann mit dem Präjudiz der Ablehnung der Leistung nach fruchtlosem Ablaufe der Frist und des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Über den § 243 hinaus ging der E. I. in § 569 : 1 (BGB. 634 : 1. 1). Es sollte der Besteller eines Werkes bei Mängeln des Werkes nicht allein auf den immerhin noch umständlichen Weg des § 243 angewiesen sein; andrerseits aber wollte man dem Besteller nicht ohne weiteres das Recht auf Minderung oder Wandlung geben, weil „die chikanöse „Ausübung dieser Rechte bei leicht zu beseitigenden „Mängeln zu besorgen sei." Man wählte daher den Mittelweg der einseitigen Fristbestimmung, d. h. erklärte den Besteller für befugt, die in § 243 bezeichnete Frist sofort und ohne vorherige Anrufung des Richters zu setzen; erst nach fruchtlosem Ablaufe der Frist hat er dann das Recht auf Wandlung oder Minderung.

Im Anschluss an §§ 243 und 569 : 1 wurde die einseitige Fristbestimmung auch in §§ 1073 (BGB. 1133) eingeführt.

Es bleibt noch der Fall des § 315 : 2, 3 (BGB. 415); er soll nach den Motiven dem Interesse der

Vertragschliessenden dienen[4], „denen daran liegen „muss, über die Absicht des Gläubigers nicht auf „unbestimmte Zeit im ungewissen zu bleiben; nach „§ 315 : 2, 3 gilt es als Verweigerung der Ge„nehmigung, wenn dem Vertragschliessenden, der „dem Gläubiger vom Vertrage Mitteilung gemacht „und zur Erklärung eine Frist gesetzt hat, innerhalb „derselben eine bestimmte und ausdrückliche „Erklärung des Gläubigers nicht zukommt" (vgl. Mot. Bd. II).

Die einseitigen Fristsetzungen noch auf weitere Fälle auszudehnen, hielt die Kommission zur Beratung der E. I nicht für nötig (vgl. den folgenden Paragraphen).

## II. Die einseitigen Fristfestsetzungen im BGB.

### § 3.

### Der Entwurf II.

In E. I sind die Fälle der einseitigen Fristfestsetzung etwa um das vierfache vermehrt worden, haben also die Grenzen, die der E. I ihnen setzte, bedeutend überschritten.

Der bei weitem wichtigste von den in E. II hinzugekommenen Fällen ist der des § 326: 1. Der

A. 4) Ob und in wie fern dies zutrifft, wird weiter unten (S. 36) erörtert werden; vgl. schon hier die Abhandlung über Schuldübernahme von v. Blume in Jh. Jb. 39, S. 403 ff.

Entwurf I hatte in § 369: 2 [1] noch ganz auf dem gemeinrechtlichen Standpunkte gestanden, bei Verzug des Schuldners nur nachträgliche Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, — Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt aber nur dann statuiert, wenn die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hatte. Vgl. Motive II, S. 210 und für das gemeine Recht Dernburg, Bürg. Recht, II, 1, S. 211 und 212.

Nur wenn der Schuldner rechtskräftig verurteilt war, gab E. I in § 243 dem Gläubiger das Fristbestimmungsverfahren in die Hand, (siehe oben S. 14 und 15).

Daraufhin wurden bei der zweiten Beratung des Entw. Anträge gestellt, aus denen dann § 326: 1. 1 u. 2 in seiner jetzigen Fassung entstanden ist:

„Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine „Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge. „so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der „Leistung eine angemessene Frist mit der Er„klärung bestimmen, dass er die Annahme der „Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. „Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, „Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, „oder von dem Vertrage zurückzutreten, wenn nicht „die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch „auf Erfüllung ist ausgeschlossen."

A. 1) E. 1. § 369: 2: Wenn die Leistung in Folge des Verzuges des Schuldners für den Gläubiger kein Interesse hat, so ist dieser berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder von dem Vertrage zurückzutreten.

Zur Annahme dieser Fassung waren folgende Erwägungen massgebend: Schon E. I habe das Prinzip, Rücktritt wegen Verzuges nur bei fehlendem Interesse an der Erfüllung zu gestatten, verschiedentlich durchbrochen, so bei der Miete und Pacht (§ 529), beim Werkvertrage (§ 559), beim Dienstvertrage (566).

„Die Regel des § 369: 2 habe daher haupt-
„sächlich nur für Kauf und Tausch Bedeutung.
„Beim Kaufe aber führe sie zu unbilligen Härten
„gegen den Verkäufer, welcher, da sich bei Geld-
„leistungen kaum jemals sagen lassen werde, dass
„dass sie kein Interesse für den Gläubiger hätten,
„stets genötigt werde, ein rechtskräftiges Urteil
„gegen den nichtzahlenden Schuldner zu erstreiten,
„ehe sich ihm die Möglichkeit biete, vom Vertrage
„wieder loszukommen. Die Unbilligkeit mache sich
„besonders fühlbar in Fällen, in denen der Prozess
„von vornherein aussichtslos erscheine."

Eine solche Regelung widerspreche dem im Volke lebenden Rechtsbewusstsein; auch das ALR. habe auf einem anderen Standpunkte gestanden.

Besonders das HGB. habe in den Art. 354—56 einen neuen Markstein in der Behandlung des Verzuges gesetzt.

„Es handle sich daher (im BGB. § 326) nicht
um einen Bruch mit hergebrachten Rechten, sondern
„um einen Abschluss der bisherigen Rechtsent-
„wickelnng, womit dem Gewichte Rechnung getragen
„werde, welches der heutige Verkehr auf die recht-
„zeitige Erfüllung zu legen pflege."

So entstand BGB. § 326, der für alle gegenseitigen Verträge gilt, also ein weites Anwendungsgebiet findet. Man könnte sagen, dass ja § 326 ziemlich überflüssig sei, weil niemand von einem Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen werde, es sei denn, dass er kein Interesse mehr an der Erfüllung habe; für diese Fälle sei ihm aber schon in E. I die Wahl zwischen jenen beiden Rechten gegeben.

Dem gegenüber ist anzuführen, was auch die Denkschrift zum BGB. S. 49 sagt, dass nämlich der Gläubiger durch das Fristbestimmungsverfahren des oft schwierigen Beweises des Interessenwegfalls enthoben wird.

Für die Erleichterung und Vereinfachung des Rechtsverkehrs, welche der E. II und mit ihm das BGB. durch die zahlreiche Zulassung des Fristbestimmungsverfahrens schufen, seien noch folgende Fälle als besonders charakteristisch gegenüber dem bisherigen Recht und dem E. I hervorgehoben:

Im § 219 (BGB. 250) des E. I war nur gesagt, dass Geldentschädigung anstatt Naturalrestitution eintreten solle, soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend sei.

Wohl geben nun die Motive zu, dass der Gläubiger in eine schlimme Lage geraten könne in den zahlreichen Fällen, in welchen die Möglichkeit der Naturalrestitution zweifelhaft sei oder wenn der Schuldner sich renitent erweise.

„Es sei jedoch dem Gläubiger durch § 240 ein „Weg geöffnet, diesen Schwierigkeiten sicher zu „begegnen."

Danach musste der Gläubiger erst aus dem durch die Wiederherstellungspflicht des Schuldners gegebenen Schuldverhältnisse geklagt und ein rechtskräftiges Urteil gegen den Schuldner erlangt haben, ehe er gegen diesen mit dem Fristbestimmungsverfahren vorgehen konnte, — jedenfalls ein etwas umständlicher Weg für ihn.

Die Kommission zur Beratung des E. II. ging dagegen von der Erwägung aus, „dass die Zeit, „während welcher der Gläubiger auf Bewirkung „der Naturalrestitution warten müsse, nicht ins Un„gemessene ausgedehnt werden könne. Vermöge „der Ersatzpflichtige die Naturalrestitution innerhalb „einer ihm bestimmten angemessenen Frist nicht zu „bewirken, so zeige sich, dass er sie in annehm„barer Weise nicht bewirken könne und deswegen „müsse der Gläubiger die Entschädigung in Geld „fordern dürfen."

So entstand BGB. § 250.

Denselben Zweck, nämlich Klärung ungewisser Rechtsverhältnisse verfolgt auch BGB. § 516 : 2. Der E. I. setzte in § 438, 2 für die Rechtsvermutung der Schenkungsannahme voraus, dass der Bereicherte nach Kenntnisnahme der Bereicherung und der Schenkungsabsicht des Zuwendenden nicht unverzüglich die Ablehnung erklärt hatte, — wobei die Motive II S. 289 auslegten:

„Unverzüglich" verstehe sich nach den Um-„ständen des Einzelfalls." Danach konnte aber das Rechtsverhältnis zwischen Schenker und Beschenkten möglicher Weise „unbegrenzte Zeit hindurch in der „Schwebe bleiben" (Prot. bei Mugdan, Bd. II, S. 739).

Deshalb entschloss man sich für den Antrag, der dann als § 516 in das BGB. übergegangen ist.

Ähnliche Erwägungen, wie für §§ 250 und 516 waren auch für § 466 beim Wahlrecht zwischen Wandlung und Minderung massgebend.[2]

Der Notwendigkeit der besonderen Rücksichtnahme auf die Interessen des Fristempfängers entsprangen die §§ 910 und 1220 : 1 des BGB.

Der E. I. hatte in § 861 für die Beseitigung überhängender Zweige eine gesetzliche Frist festgesetzt.

Hierdurch, sowie durch das aufgestellte Erfordernis der vorherigen Aufforderung „wurde ein „jedes Bedenken, dass dem Eigentümer zu nahe „getreten werde, beseitigt," — meinten die Motive (Bd. III, S. 288). Andrer Ansicht waren aber, und zwar mit Recht, die Berater des E. II.: „es sei „nicht ratsam, überhaupt eine Frist zu setzen; zu-„weilen lasse sich in einigen Stunden Abhilfe „schaffen, zuweilen müsse dem Nachbar unbedingt „längere Zeit gewährt werden."

So entstand § 910 : 1, 2 :

---

A. 2) Vgl. darüber: Denkschrift S. 62 u. Prot. bei Mugdan, Bd. II, S. 667. Frisch, a. a. O. S. 45 u. Dernburg. a. a. O. II 2, S. 59.

„Das Gleiche (nämlich das Recht, abzuschneiden und zu behalten) „gilt von herüberragenden Zweigen, „wenn der Eigentümer dem Besitzer des Nachbar-„grundstücks eine angemessene Frist zur Beseitigung „bestimmt hat und die Beseitigung nicht innerhalb „der Frist erfolgt."

Und in § 1157 (BGB. 1220) hatte der E. I. drohenden Verderb und Wertminderung des Pfandes noch gleich behandelt und zwecks Sicherheitsleistung durch den Eigentümer für beide nur eine Benachrichtigung und Androhung vor dem Pfandverkauf festgesetzt.

In den Protokollen zu E. II. heisst es dagegen, dass zwar bei drohendem Verderb des Pfandes der Verkauf auch im Interesse des Verpfänders läge, das Einlösungsrecht hier also weniger in Betracht komme.

„Im Falle der Wertminderung dagegen habe „das Einlösungsrecht den Zweck, dem Verpfänder „die Möglichkeit zu geben, sich das Pfand, wenn er „den sofortigen Verkauf wegen des zu erwartenden „künftigen Steigens des Wertes für nachteilig er-„achte, zu erhalten. Solle dieser Zweck aber „erreicht werden, so müsse dem Verpfänder nach „der Androhung des Verkaufes noch eine an-„gemessene Frist zur Beschaffung anderweitiger „Sicherheit gelassen werden."

So bekam § 1220 : 1, 2 seine jetzige Fassung :

„Im Falle der Wertminderung ist (zur Ver-steigerung) ausser der Androhung erforderlich,

„dass der Pfandgläubiger dem Verpfänder zur „Leistung anderweitiger Sicherheit eine angemessene „Frist bestimmt hat und diese verstrichen ist."

In zwei anderen Fällen — es sind die §§ 1003 und 2307 BGB. (jener die Genehmigung der Verwendungen des Besitzers, dieser die Annahme des Vermächtnisses durch den Pflichtteilsberechtigten betreffend) — hatten die Motive es sogar direkt abgelehnt, den Eigentümer, bezw. den Pflichtteilsberechtigten zu einer Erklärung verpflichten zu wollen, die Kommission zweiter Lesung dagegen gab hier dem Besitzer bezw. dem Erben die private Fristbestimmung in die Hand zur Klarstellung der Rechtsverhältnisse.

Man sieht, so trocken auch der Name „einseitige Fristfestsetzung" klingen mag, eine Reihe gesetzgeberischer Probleme haben durch sie ihre Lösung gefunden, sie greift tief in das Rechtsleben ein, — freilich nicht ohne eine Reihe neuer — allerdings interessanter Fragen und Zweifel heraufzubeschwören.

## § 4.

## Die einzelnen Fälle der einseitigen Fristfestsetzung im BGB.

Die Fälle der einseitigen Fristfestsetzung lassen sich einteilen:

a) nach ihrem Inhalte:

1. in solche, die eine Aufforderung zu einer Erklärung enthalten.

Davon entfallen auf:

α) den allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse die Fälle der §§:

264: 2 mit 263: 1, der Schuldner fordert den wahlberechtigten Gläubiger zur Erklärung über die Wahl auf;

355 mit 349, der Rücktrittsberechtigte wird vom anderen Teile zur Erklärung über den Rücktritt aufgefordert;

415, der Schuldner oder Schuldübernehmer fordert den Gläubiger zur Erklärung der Genehmigung der Schuldübernahme auf.

β) Den Besonderen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse die Fälle der §§:

466, der Verkäufer fordert den Käufer zur Erklärung darüber auf, ob er Wandlung verlange:

496, der Verkäufer fordert beim Kauf auf Probe den Käufer zur Erklärung über die Billigung auf; [1]

516: 2, der Schenker fordert den Beschenkten zur Erklärung über die Annahme der Schenkung auf.

γ) Das Sachenrecht, die Fälle der §§:

974, der Finder fordert den Eigentümer zur Erklärung über die Gewährung der ihm (dem Finder) aus §§ 970—972 zustehenden Ansprüche auf:

1003, der Besitzer fordert den Eigentümer zur Erklärung über die Genehmigung der von ihm (dem Besitzer) gemachten Verwendungen auf die Sache auf;

1056: 3, derjenige, welcher von einem Niessbraucher über die Zeit des Niessbrauchs hinaus

A. 1) Nach ALR. konnte der Verkäufer bei Gericht auf Bestimmung einer Frist antragen: Tl. I Titel 11, § 337.

gemietet oder gepachtet hat, fordert den Eigentümer zur Erklärung darüber auf, ob er von seinem Kündigungsrechte Gebrauch machen wolle.

δ) Das Familienrecht, den Fall des § 1347, der Ehegatte, welcher nach § 1345: 1 zwischen Nichtigkeitsfolgen und Ehescheidungsrecht zu wählen berechtigt ist, wird vom andern Ehegatten zur Erklärung darüber aufgefordert, ob er Ehescheidungsrecht gelten lassen wolle.

ε) Das Erbrecht den Fall des § 2307, der Erbe fordert einen Pflichtteilsberechtigten zur Erklärung über die Annahme eines ihm gemachten Vermächtnisses auf.

2. In solche, die zur Bewirkung einer Leistung oder Vornahme einer Handlung gesetzt sind.

Davon enthält:

α) der allgemeine Teil des Rechts der Schuldverhältnisse die Fälle der §§:

250, der Schadensersatzberechtigte setzt dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung des früheren Zustandes eine angemessene Frist; hier ist mit der Fristbestimmung die Erklärung verbunden, dass nach Ablauf der Frist die Herstellung abgelehnt werde;

283, der Gläubiger bestimmt dem rechtskräftig verurteilten, und in 326 dem im Verzuge befindlichen Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung, dass nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung abgelehnt werde;

354, der andere Teil setzt dem säumigen Rücktrittsberechtigten zur Rückgewähr des Empfangenen eine angemessene Frist mit der Erklärung, dass er nach Ablauf der Frist die Annahme der Rückgewähr ablehne

β) Der besondere Teil des Rechts der Schuldverhältnisse die Fälle der §§:

542, der Mieter setzt dem Vermieter bei Mängeln in der Gewährung der gemieteten Sache eine angemessene Frist zur Abhilfe;

634, der Besteller eines Werkes bestimmt dem Unternehmer zur Beseitigung eines Mangels im Werke eine angemessene Frist mit der Erklärung, dass er nach Ablauf der Frist die Beseitigung des Mangels ablehne;

643, der Unternehmer setzt dem Besteller zu der von diesem vorzunehmenden Handlung eine angemessene Frist.

γ) Das Sachenrecht die Fälle der §§:

910, der Eigentümer eines Grundstücks setzt seinem Nachbar zur Beseitigung überhängender Zweige eine angemessene Frist; [2]

1133, der Hypothekengläubiger setzt dem Eigentümer zur Beseitigung einer Gefährdung des Grundstücks eine angemessene Frist;

A. 2) Ortloff, H., Rechtsschutz betr. Überhang etc. in Kohl. Arch. Bd. 17, will S. 277 das Fristbestimmungsverfahren auch für eingedrungene Wurzeln anwenden.

1220, der Pfandgläubiger setzt bei Wertminderung des Pfandes dem Verpfänder eine angemessene Frist zur Leistung anderweitiger Sicherheit.

δ) Das Erbrecht den Fall des § 2193: 2, Kläger setzt dem zur Vollziehung einer Auflage rechtskräftig verurteilten Beschwerten eine angemessene Frist zur Vollziehung der Auflage.

b) nach ihrer Wirkung, wenn die Frist unbenutzt abläuft:

1. Der Fristablauf hat eine rein negative Wirkung, schwebende Rechtsverhältnisse werden in ihre alte Lage zurückversetzt; so in folgenden 4 Fällen:

in § 415, die Genehmigung gilt als verweigert;

in § 496, das Schweigen gilt als Verweigerung, wenn die Ware noch nicht übergeben war;

in § 643, der Vertrag gilt als aufgehoben;

in § 2307, das Vermächtnis gilt als ausgeschlagen.

2. Der Fristablauf legt schwebende Rechtsverhältnisse fest in 2 Fällen:

in § 496, das Schweigen gilt als Genehmigung, wenn die Ware bereits übergeben war;

in § 516, die Schenkung gilt als angenommen; ähnlich in § 1220, wo mit dem Fristablauf das durch Gesetz begründete Recht der Pfandversteigerung ausgeübt werden kann.

3. Der Fristablauf bewirkt den Verlust eines Anspruches, begründet aber zugleich einen neuen in 4 Fällen:

in § 250, Verlust des Anspruchs auf Naturalrestitution,[3] Begründung des Anspruchs auf Geldersatz;

in §§ 283 und 326, Verlust des Anspruchs auf die Leistung, Begründung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder bzw. auf Rücktritt;

in § 634: 1, Verlust des Anspruchs auf Beseitigung des Mangels, Begründung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung.

4. Der Fristablauf bewirkt nur den Verlust eines Rechts oder Anspruchs in 5 Fällen:

in § 354, das Recht des Anspruchs auf Annahme der Rückgewähr erlischt;

in § 355, das Rücktrittsrecht erlischt;

in § 466, der Anspruch auf Wandelung erlischt:[4]

in § 1056: 3, die Kündigung ist unzulässig;

in § 1347, der wahlberechtigte Ehegatte kann nicht mehr Ehescheidungsrecht wählen.

5. Der Fristablauf begründet nur ein Recht in 5 Fällen:

A. 3) Nicht Verlust des Rechts des Schuldners auf Naturalrestituten wie Behrend in der Deutsch. Jur. Ztg. Bd. II. N. 17 will; denn „Anspruch" ist nach § 194 BGB. das Recht, von einem Anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen; da aber das Recht des Schuldners, Naturalrestitution zu leisten, weder ein Recht auf ein Tun noch ein Recht auf ein Unterlassen darstellt, kann in § 250 mit „Anspruch auf die Herstellung" nur das Recht des Gläubigers, die Herstellung zu verlangen, gemeint sein; vgl. darüber Kuhlenbeck in der Jur. Woch. Schr., Bd. XXVI, (1897), S. 522.

A. 4) Oertmann a. a. O. Z. 1 z. § 466 will aus dem Stillschweigen des Käufers gerade umgekehrt eine Vermutung für die Zustimmung desselben zur Wandlung entnehmen: das dürfte dem Wortlaute des Gesetzes nicht entsprechen.

in § 542, das Recht auf Kündigung ohne Einhalten einer Kündigungsfrist;

in § 910, das Aneignungsrecht an den überhängenden Zweigen;

in § 974, das Eigentum des Finders;

in § 1003, das Recht des Besitzers, Befriedigung aus der Sache zu suchen;

in § 1133, das Recht des Gläubigers, sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen.

6. Er bewirkt Übergang eines dem Fristbestimmungsempfänger zustehenden Rechtes auf den Fristsetzenden in 2 Fällen:

in § 264: 2, das Wahlrecht geht vom Gläubiger auf den Schuldner über;

in § 2193: 2, das Recht der Bestimmung der Person, an welche die Leistung der Auflage erfolgen soll, geht vom Beschwerten auf den Kläger über.

## § 5.

## Das Wesen der einseitigen Fristfestsetzung.

I. Die einseitige Fristbestimmung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges, formloses Rechtsgeschäft.

1. Sie ist ein Rechtsgeschäft; es gelten also für sie die allgemeinen Erfordernisse für Rechtsgeschäfte:

Echtheit der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung, Geschäftsfähigkeit der sie abgebenden Person, Nichtverstossen gegen die Sittlichkeit, — es gelten ferner für sie die Bestimmungen über Aus-

legung rechtsgeschäftlicher Erklärungen, über Auseinandergehen von Willensäusserung und Wille [1] und über Stellvertretung. [2]

Manche Rechtsgeschäfte, wie z. B. die Auflassung oder Aufrechnung dürfen nicht unter einer Bedingung (oder Befristung) vorgenommen werden; es fragt sich, ob dieses Verbot auch für das Rechtsgeschäft der einseitigen Fristfestsetzung aufzustellen ist

Da das Gesetzbuch nichts darüber sagt, muss man, wenn man jenes Verbot auf die Fristbestimmung ausdehnen will, zusehen, warum das Gesetz in bestimmten Fällen die Hinzufügung einer Bedingung nicht erlaubt und ob der Grund dieses Verbotes auch für die einseitige Fristbestimmung zutrifft.

Bedingung ist die einem Rechtsgeschäfte hinzugefügte Nebenbestimmung, durch die die Wirkung des Rechtsgeschäfts von dem Eintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig gemacht wird.

Wenn also das Gesetzbuch bei einem Rechtsgeschäfte die Hinzufügung einer Bedingung ausschliesst, so will es nicht, dass die Wirkung dieses Rechtsgeschäfts von einem unbestimmten, zukünftigen

---

A. 1) Da, wie weiter unten ausgeführt werden wird, die Frist sich nach den Interessen beider Parteien richten soll, entsteht die Frage, ob der Fristsetzende die Fristbestimmung wegen Irrtums über sein Interesse anfechten kann; die Frage wird zu verneinen sein da dann nur Irrtum im Beweggrunde vorliegt.

A. 2) Erfolgt also die Erklärung der Frist durch einen Vertreter, so muss dieser gemäss § 174 eine Vollmachtsurkunde vorlegen; kann er das nicht und weist der Andere das Rechtsgeschäft unverzüglich zurück, so ist es unwirksam.

Ereignis abhängig gemacht wird, dass in Betreff seiner ein Schwebezustand eintritt.

Der Grund dafür aber ist, dass es bei den betreffenden Rechtsgeschäften „besonders erwünscht „ist für die Beteiligten, zu wissen, woran sie sind“ (so R. Leonhard S. 402).

Dasselbe trifft für die einseitige Fristbestimmung zu. Ihr Zweck ist, „eine Vereinfachung und Klärung „der Verhältnisse herbeizuführen.“ [3]

Diesem Zwecke würde aber das Hinzufügen einer Bedingung gerade zuwider laufen, diese ist deshalb bei der einseitigen Fristsetzung auszuschliessen. [4]

2. Die einseitige Fristbestimmung ist ein empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, d. h. sie wird wirksam — nicht mit dem Absenden durch den Fristsetzenden (Erklärungstheorie), auch nicht mit der Kenntnisnahme durch den Fristbestimmungsempfänger (Vernehmungstheorie) — sondern in dem Augenblicke, wo sie dem Empfänger zugeht.

A. 3) Ebenso Kipp in Windscheids Lehrb. II, S. 88: „Das „Gesetzbuch will eine tunlichst klare Sachlage durch die Fristsetzung geschaffen wissen.“ Vgl. auch Riezler, a. a. O. S. 118, ferner Rocholl, a. a. O. S. 76.

A. 4) Ebenso Kohler für den Rücknahmeverzicht i. Arch. f. Bürg. R. Bd. XIII. S. 219, weil durch ihn „ein definitum geschaffen werden soll.“ Dem obigen Resultate würden auch Enneccerus-Lehmann und Leonhard zustimmen; jener sagt Bd. I, S. 245: „Ohne dass es einer besonderen Vorschrift bedürfte, ist die „Bedingung . . . . ausgeschlossen bei denjenigen einseitige „Geschäften, deren Natur eine dem Gegner volle Gewissheit „gebende Erklärung erfordert.“ Vgl. R. Leonhard, a. a. O. S. 402, („Eigenart gewisser Geschäfte“).

Die für das frühere Recht angenommene Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts (Entsch. VIII, S. 80), dass ein Zufall, der den Brief während der Beförderung trifft, auf den Empfänger, nicht den Absender fällt, ist also nicht mehr massgebend.

„Die Gefahr des Transportes trägt der Erklärende.

„Die Tatsache allein, dass ein, wenn auch ein-„geschriebener Brief, an den Schuldner abgesandt „wurde, genügt nicht.

„Der Gläubiger muss den Beweis der Ankunft „führen (so Düringer und Hachenburg, a. a. O. Bd. II, S. 146).

Ebenso Dernburg II, 1, S. 214.

3. Die einseitige Fristfestsetzung ist ein formloses Rechtsgeschäft, d. h. sie kann mündlich oder schriftlich erfolgen, also z. B. auch durch Telefon.

II. Überall, wo das Gesetz das Fristbestimmungsverfahren zulässt, spricht es von einer „angemessenen" Frist, mit Ausnahme des § 415 : 2, 2 der deshalb weiter unten eine besondere Erörterung finden wird.

Was heisst „angemessen"?

Planck lässt sich darüber folgendermassen aus:

„Angemessen ist diejenige Frist, welche unter „Berücksichtigung des in Frage kommenden Rechts-„verhältnisses und der Umstände des einzelnen Falles „demjenigen, welchem die Frist bestimmt wird, „billiger Weise gelassen werden muss, um die „Leistung zu bewirken oder die Erklärung abzugeben.[1]

A. 5) Ebenso wörtlich R. G. E. v. 6. XII. 1901: siehe „Das Recht." Bd. 6. S. 19.

Ähnlich Schollmeyer, S. 5 zu § 250:

„Die Frist ist angemessen, wenn sie zur Natural-
„restitution hinreicht,"

und Staudinger:

„Angemessen ist die bestimmte Frist, wenn sie
„nach den vorliegenden Umständen zur ordnungs-
„mässigen Bewirkung der Herstellung ausreichend
ist, vergl. Bd. II, Z. 2, b, z. § 250.

Planck, Schollmeyer und Staudinger ziehen also mehr oder weniger einseitig das Interesse des Fristbestimmungsempfängers[6] in Betracht. Vermittelnder sagt schon Staub:

„Die Frage der Angemessenheit entscheidet
„sich nach den Umständen des Falles, doch nicht von
„dem Gesichtspunkte aus, als müsse dem Säumigen
„Zeit gelassen werden, die in Angriff genommene
„Erfüllung jetzt zu beginnen, sondern nur um die
„ins Werk gesetzte Erfüllung zu beschleunigen und
„zu vollenden."

Und vollends im Gegensatz zu dem oben Zitierten sagt Oertmann: „Was angemessen" ist,
„bestimmt sich aus den Umständen und dem kon-
„kreten Vertragszweck, nicht einseitig aus den
„Sonderinteressen oder -Verhältnissen der einen
„oder der anderen Partei," und verweist dabei auf § 242, den Grundsatz von Treu und Glauben.

Übereinstimmend Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, S. 143.

---

A. 6) Ebenso unrichtig: Riezler, a. a. O. S. 115 und S. 141 ferner Frisch, a. a. O. S. 32; Mittelstein, a. a. O. S. 117.

Derselbe führt auch aus, was unter „Treu und Glauben“ zu verstehen ist: sie sind eine über allen positiven Sonderbestimmungen, sei es der Privaten, sei es einzelner Gesetzesregeln, stehende Instanz.

„Treu und Glauben“ ist diejenige Norm, welche für den einzelnen Fall das objektiv Richtige angibt.

Dieses objektiv Richtige ist aus dem obersten Ziel der Rechtsordnung zu finden, welches die Idee einer Menschengemeinschaft ist, in der ein jeder nicht nur subjektives Wünschen hegte und nicht nur persönlichen Zwecken nachginge, sondern zugleich die Zwecke des anderen als die seinigen aufnähme.

Soll also eine bestimmte Frist „angemessen“ sein, so darf sie nicht nur von den einseitigen Interessen des Fristsetzenden diktiert sein, sondern muss auch die Interessen des Fristbestimmungsempfängers in Betracht ziehen, und umgekehrt braucht der Fristsetzende nicht nur zu fragen: wieviel Zeit braucht mein Gegner, um seinen Verpflichtungen bequem nachzukommen,[7] sondern auch: wie lange habe ich z. B. an der Leistung noch ein Interesse.

Sehr zutreffend sind hierfür die Ausführungen in einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. VIII, S. 125 f.: weil der Schuldner trotz aller aufgewendeten Diligenz oft nicht in der Lage ist, seiner Verpflichtung pünktlich nachzukommen, — ist

A. 7) Der Gläubiger kann, wie Paech übereinstimmend a. a. O. S. 156 bemerkt, von der Voraussetzung ausgehen, dass der Schuldner die Erfüllung nicht bloss eingeleitet, sondern sogar energische Schritte zu der Leistungsbewirkung getan hat

er doch selbst wieder von unberechenbaren Anderen abhängig — bekommt er zwar zu seinen Gunsten eine Frist gesetzt, aber andererseits wäre es eine einseitige Begünstigung des Schuldners, eine Hintansetzung der Interessen des Gläubigers, verstiesse also gegen die bona fides („Treu und Glauben"), wollte man dem Schuldner, der sich vielleicht bis zum Eintritt des Verzuges nicht gerührt hat, noch genügend Zeit lassen, um alle Erfüllungshandlungen vorzunehmen.

Nein, die bona fides kann auch der Nichtsäumige, und er ebenso gut wie der Schuldner, für sich geltend machen.

Die Frist muss eben „objektiv" angemessen sein.[8][9]

A. 8) So auch Düringer-Hachenburg: „Die Angemessenheit „ergibt sich aus den Umständen des Falles. Dabei ist sowohl „auf die Verhältnisse des Gläubigers als auf die des Schuldners „Rücksicht zu nehmen".

Uebereinstimmend führt auch Romeik aus: die private Fristsetzung setze an die Stelle der richterlichen causae cognitio bei der Fristsetzung durch den Richter, der die Interessen beider Parteien abwägt, „ein so zu sagen kontradiktorisches Verfahren von „Partei zu Partei; es soll den Parteien die Zunge gelöst werden, „weil sich meist nur als Diagonale der divergierenden Interessen „der Parteien ergibt, was in Wahrheit die angemessene Frist „sei".

Ebenso übereinstimmend Niendorff a. a. O. S. 91: Die Länge der Frist bestimmt sich: einerseits nach den vom Vermieter vorzunehmenden Handlungen, ... andererseits nach den Verhältnissen des Mieters.

A. 9) Berücksichtigt man, dass die Fristbestimmung im Interesse beider Parteien geschehen soll, so lässt sich auch eine Streitfrage beantworten, die sich an § 264: 2 knüpft. Litten a. a. O., § 45 und die dort Citierten sind nämlich der Ansicht, dass der Schuldner mit seinem Angebot die Fristsetzung verbinden könne. Dies ist zwar für den Schuldner sehr bequem, doch widerspricht es sowohl dem Interesse des Gläubigers, welcher zunächst einer längeren

III. Der § 415: 2, 2 lautet:

„Fordert der Schuldner oder der Dritte den „Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur „Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die „Genehmigung nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt „werden u. s. w."

Hier ist also nur von einer Frist schlechthin, nicht von einer angemessenen Frist die Rede; es fragt sich, was das zu bedeuten hat.

Zur Entscheidung der Frage ist auf das unter II. über das Erfordernis der Angemessenheit der Frist Gesagte zurückzugehen.

Ob der Typus des § 415 überhaupt jemals praktisch werden wird, ist zwar sehr bestritten, von v. Blume in Ih. Jb. f. Dogm. Bd. 39, S. 403 ff. lebhaft verneint; wenn er aber einmal von den Parteien gewählt ist, so bleibt weiter zu erörtern, ob auf Seiten beider Vertragschliessenden, sowohl des Schuldners, als des Übernehmers Interessen vorliegen, deren Ausgleich und Regelung eine „Angemessenheit" der Frist benötigen, oder ob das nicht der Fall ist.

Sieht man zunächst auf den Urschuldner, so liegt eine „angemessene" Frist in seinem eigensten Interesse.

Zwar meint v. Blume a. a. O., dass der Urschuldner kein Interesse an der „externen" Schuld-

Überlegungsfrist bedarf, und durch eine Verbindung von Angebot und Fristsetzung leicht zu kurz kommt, — als dem Wortlaute des Gesetzes. So auch mit Recht Franz Leonhard a. a. O. und die dort Citierten.

übernahme der §§ 414 ff. BGB., also auch nicht an der Genehmigung des Gläubigers, welche die Schuldübernahme erst wirksam mache, habe; denn ihm könne es ganz gleichgiltig sein, auf welche Weise er von seiner Schuld frei werde, ob im Wege der „externen" oder „internen" Schuldübernahme, d h. des Erfüllungsversprechens. Aber selbst v. Blume muss zugeben, dass der Urschuldner wohl ein Interesse daran habe, zu wissen, dass überhaupt er frei werde; und wenn v. Blume meint, durch die Schuldübernahme seitens des Unternehmers, die den Urschuldner frei mache-werde letzterer zu sehr begünstigt, der Übernehmer aber in eine „unerhört ungünstige Lage" gebracht,[10] so ist darauf mit Regelsberger und Oertmann zu antworten, dass ja der Übernehner sich ausbedingen kann, dass erst nach der Erfüllung des Urschuldners der Gläubiger zur Genehmigung aufgefordert werden dürfte.[11] Resultat: Der Ur-

A. 10) „indem er der Einrede des nicht erfüllten Vertrages beraubt werde".

A. 11) In seiner Replik in Jh. Jb. Bd. 40, sucht v. Blume darzulegen, dass die von Regelsberger vorgeschlagene Verabredung nichts nütze, weil das BGB. kein „Mitteilungsrecht" kenne, es also auch keine Beschränkung des Mitteilungsrechts geben könne.

Dagegen ist zu sagen, dass nach BGB. jede Nebenbestimmung bei einem Vertrage wirksam und für die Parteien verbindlich ist, soweit sie nicht gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstösst.

Herz a. a. O. S. 40, hält übrigens die von Regelsberger vorgeschlagene Abrede, in den meisten Fällen garnicht einmal für notwendig, so bes. wenn der Übernehmer die Schuld auf Grund eines Kaufvertrages übernimmt; hier gehe die Absicht der Parteien immer dahin, „dass der Übernehmer nur für den Fall des Empfanges der Gegenleistung objektiv gebunden sein will."

schuldner kann immerhin ein Interesse an der durch Genehmigung des Gläubigers wirksam zu machenden Schuldübernahme und damit an Setzung einer „angemessenen" Frist haben: er wird also nie sich veranlasst sehen, eine zu kurze Frist zu stellen.[12] Wegen des Interesses des Urschuldners allein aber brauchte das Gesetzbuch nicht eine „angemessene" Frist vorzuschreiben; dies wäre vielmehr nur dann nötig, wenn der Übernehmer, der dem Gläubiger ja auch die Frist setzen kann, von denen des Schuldner verschiedene Interessen, also namentlich ein Interesse hätte, dem Gläubiger eine unangemessene, zu kurze Frist zu setzen.

Romeik stützt seine Ansicht des Erfordernisses der Angemessenheit der Frist so sehr auf das Bedenken, dass, wenn jede Frist erlaubt wäre, der Übernehmer sich durch Stellung einer zu kurzen Frist seiner Verbindlichkeit zur Schuldübernahme rasch entledigen könne. Dagegen ist zu sagen, dass diese Gefahr doch höchstens für die „externe" Schuldübernahme der §§ 414 ff. besteht, aber nicht für die „interne", das Erfüllungsversprechen: denn gemäss § 415: 3, 2 bleibt der Übernehmer, selbst wenn der Gläubiger nicht genehmigt, doch im Zweifel immer verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen.[13] Ob er dem Urschuldner oder dem Gläubiger gegenüber zur Zahlung verhaftet ist, ist

A. 12) Ebenso Schollmeyer. S. 400.
„Übrigens wird das eigne Interesse den Schuldner zur Stellung „einer geeigneten Frist veranlassen.

A. 13) Übereinstimmend: Kipp-Windscheids Pandekten, Bd. II S. 374 u. Schollmeyer, S. 400.

wirtschaftlich für ihn ganz gleich; er hat also gar keinen Grund, sich durch Stellung einer zu kurzen Frist seiner Verbindlichkeit zu entledigen.

Was nun schliesslich den Gläubiger betrifft, so hat er keinen Anspruch auf eine angemessene Überlegungszeit, da ihn ja der Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer als solcher nichts angeht und er z. B. auch kein Recht darauf hat, an Stelle eines unsicheren Schuldners einen zahlungsfähigeren zu bekommen.

Aber wenn man auch mit Örtmann zugibt, dass die Frist keine angemessene zu sein braucht, so darf man doch nicht soweit gehen, wie Planck. „Die Bestimmung der Dauer der Frist hängt „lediglich von der Willkür des Fristsetzenden ab."

Ebenso Staudinger, S. 150 und Cosack, Lehrbuch, I. S. 384. Man muss hier vielmehr der Ansicht Schollmeyer's beitreten, dass die Frist immerhin so beschaffen sein muss, dass innerhalb derselben die Genehmigung einer der Parteien zugehen kann; denn eine Frist, die dazu nicht ausreicht, verstiesse denn doch gegen „Treu und Glauben", die das BGB. als obersten Grundsatz beherrschen.

Es entsteht hier noch die Frage, was geschieht, wenn beide, Urschuldner und Schuldübernehmer, dem Gläubiger Fristen, und zwar verschiedene, stellen, was nach § 415: 2, 2 sehr gut möglich ist.

Zunächst ist zu sagen, dass in den meisten Fällen die Parteien verabreden werden, wer von ihnen Mitteilung der Übernahme mit Fristsetzung für die Genehmigung dem Gläubiger macht; an diese

Verabredung sind die Parteien gebunden; setzt der andere schikanöser Weise die Frist, so ist sie einfach ungiltig, weil dem Vertrage zuwiderlaufend. Ist aber eine Verabredung nicht getroffen, so ist zu unterscheiden:

1. Beide setzen zu gleicher Zeit oder doch so, dass die eine Frist nicht vor Ablauf der anderen zu laufen beginnt, Fristen von verschiedener Dauer:

a) Ist die eine Frist eine ganz „willkürliche", namentlich zu kurze, die andere eine genügende, so entscheidet die letztere.

b) Sind beide genügend lang, in dem von Schollmeyer angegebenen Sinne, so entscheidet die zuerst ablaufende Frist; für diesen Fall ist also Planck, S. 201, Fischer-Henle, Bd. 7 z. § 415, Staudinger, S. 150, Recht zu geben; denn beide Teile haben das Recht, dem Gläubiger eine Frist zu setzen. Andrerseits hindert aber diese Ansicht nicht dass, wenn die Frist des Übernehmers länger ist, die innerhalb dieser, aber nach Ablauf der Frist des Urschuldners eintreffende Genehmigung des Gläubigers immer noch eine Schuldübernahme nach § 414 begründet.[14]

2. Die eine Frist wird gesetzt, während die andere noch läuft; hier entspricht es mehr der Billigkeit, wenn man nach dem Grundsatze der Prävention die zuerst gesetzte, als wenn man die zuerst ablaufende, welches auch die zweite sein kann, als die massgebende gelten lässt.[15]

A. 14) So auch Dernburg I, 1 S. 357 Anm. 3.
A. 15) So übereinstimmend auch Krettner, a. a. O. S. 38.

3. Die eine Frist wird gesetzt, nachdem die andere bereits abgelaufen war: hier kann ebenfalls nur wie unter 1 b, wenn der Übernehmer die Frist setzt, aus dem Gesichtspunkte des § 414 eine Schuldübernahme vorliegen: mit Ablauf der ersten genügenden Frist ist es mit einer Schuldübernahme aus § 415 entgiltig vorbei; denn die Fristsetzung soll doch zur Klärung und entgiltigen Entscheidung der Sachlage dienen.

IV. Oben unter I. und II. war als Zweck der einseitigen Fristsetzung Klärung der Sachlage und als Massstab des Angemessenseins der Frist ihre objektive Richtigkeit aufgestellt worden. Aus diesen beiden Prinzipien heraus lässt sich auch die Frage lösen, ob der Fristsetzende nur „eine angemessene Frist" oder eine nach Tagen, Wochen etc. individuell bestimmte Frist setzen soll. Das letztere ist richtig; die gegenteilige Ansicht,[16] es genüge, wenn „eine angemessene Frist" gesetzt werde, entspricht nicht den oben aufgestellten Prinzipien.

Denn wenn der Fristsetzende nur eine angemessene Frist setzt, so trägt das nicht zur Klärung der Sachlage bei, der Fristbestimmungsempfänger

A. 16) Planck II, S. 20: „Es dürfte nichts entgegenstehen, „wenn der Berechtigte sich darauf beschränkt, den anderen „Teil aufzufordern, die betreffende Handlung binnen angemessener „Zeit vorzunehmen." Der Begriff der Angemessenheit sei ein „genügend bestimmter. Ebenso Schollmeyer, S. 31: „Möglich „ist endlich, dass der Gläubiger die Frist garnicht normiert, „sondern sich damit begnügt, den Schuldner zur Naturalrestitution „innerhalb angemessener Frist aufzufordern." Übereinstimmend: Fischer-Henle, S. 135, Oertmann, S. 14, Contra Staub, S. 1239, Staudinger, S. 13, Kipp II, S. 88, Paesch, a. a. O., S. 156.

kann diese Frist ganz beliebig nach seinem Urteil über die Angemessenheit ausdehnen, und dem Fristsetzenden z. B. Leistung anbieten zu einer Zeit, wo dieser schon lange die „angemessene" Frist für abgelaufen hält; das gäbe zu neuem Streit Anlass.

Bestimmt dagegen der Fristsetzende eine Frist nach Tagen, Wochen etc. so hat Planck freilich Recht, wenn er sagt, dass bei andauernden Streite auch dann immer entschieden werden muss, ob die so bestimmte Frist eine angemessene ist; das ist aber doch nur der Fall, wenn eben der Empfänger die Angemessenheit bestreitet und er sich mit dem Fristsetzenden nicht einigen kann.

Bei Setzung einer bloss „angemessenen" Frist weiss der Empfänger garnichts über die Intentionen seines Gegners, bei einer kalendermässig bestimmten aber ist die eine Bedingung zu objektiver Angemessenheit der Frist, nämlich die Erklärung des fristsetzenden Teils, was er unter „angemessen" verstehe, gegeben; der Empfänger weiss genau, bis zu „welchem Zeitpunkt der vertragstreue Kontrahent auf Erfüllung rechnet."

Dünkt ihm die Frist unangemessen, so kann er seinerseits dem Gläubiger erklären, was er für angemessen halte, und der Gläubiger kann danach die Frist, soweit es seine Interessen erlauben, ausdehnen. Jedenfalls ist durch genaue Fixierung der Frist eine feste materielle Grundlage für alles weitere, insonderheit auch für den Fall gegeben, dass die Parteien ihren Streit vor den Richter bringen.[17]

A. 17) „Welche schwierige Aufgabe," sagt Tentsch in d. Bd. f. R. A. 66, S. 487, „wäre es für den Richter, im einzelnen

Ausser diesen der Natur der Sache, dem Zweck der Einrichtung entsprechenden Argumenten sind noch folgende für die kalendermässige Fixierung der Frist massgebend:

1. Das Gesetz legt in die Hände der Privaten, was sonst dem Richter oblag oder durch Gesetz fixiert war; die gesetzlichen und richterlichen Fristen sind aber immer nach Tagen, Wochen etc. berechnet.[1b]

2. Das Gesetz sagt: eine Frist „bestimmen", nicht nur etwa „setzen" oder „geben." Aus dem Worte

„Falle herauszufinden, ob die angemessene Frist schon vorüber „ist," während bei kalendermässiger Fixierung der Richter klar vor Augen hat, was der einen Partei als angemessen erschienen ist.

A. 18) Die unter 1) und 2) angeführten Gründe sind insbesondere auch Kipps Argumente. Er sagt darüber in Windscheids Pandekten, Bd. II, S 88: „Dass die richterliche Frist eine „bestimmte sein muss (welche der Richter für angemessen hält), „dürfte zweifellos sein, und da das Gericht nur dasjenige tut, „was der Kläger gemäss § 283 BGB. selbst tun könnte, so wird „man es auch als der Absicht des Gesetzes entsprechend ansehen „müssen, dass die vom Kläger zu setzende Frist eine bestimmte „sein muss; der Gläubiger soll eine Frist bestimmen; dies „ist wörtlich zu nehmen, eine Frist bestimmen, heisst nicht, „jemand zu einer Handlung auffordern binnen einer unbestimmt „gelassenen angemessenen Frist. Der Gläubiger muss vielmehr „eine bestimmte Frist setzen, welche die Eigenschaft haben „muss, angemessen zu sein."

Getraue er sich nicht, die Frist angemessen berechnen zu können, so müsse er entweder auf die Fristsetzung verzichten oder die Bemessung dem Gerichte überlassen, gemäss CPO. 255; dann sei die Angemessenheit der Frist der Bestreitung entzogen. — Ebenso Romeik S. 35 u. 39.

Selbst Planck, a. a. O., muss zugeben, dass der Fristbestimmungsempfänger eine grössere Sicherheit erhalte, wenn der Auffordernde bei Setzung einer angemessenen Frist hinzufügt, er halte eine Frist von so oder so viel Tagen oder Wochen für angemessen.

„bestimmen" allein erhellt schon die Unrichtigkeit von Plancks und der anderen Ansicht.

3. Robert Teutsch (Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 66, S. 486) macht auch noch darauf aufmerksam, dass ebenfalls das Wort „Frist" nicht nur nach dem allgemeinen Sprachgebrauche, sondern auch nach dem des BGB. einen nach Kalenderzeit fixierten Zeitabschnitt bedeute: im allgemeinen Teile, wo das BGB. die Fristen regele, habe es zweifellos nur Fristen im engeren Sinne, also bestimmt bezeichnete Zeitabschnitte im Auge.

Staudinger, II, S. 13/14 scheint es als ganz selbstverständlich anzusehen, dass die Frist eine kalendermässig fixierte sei, er kommt garnicht auf den Gedanken, dass man „eine angemessene Frist" setzen könne, sondern spricht immer nur von der von dem Gläubiger gesetzten Frist, dass er an sie gebunden sei, u. s. w.

Resultat: es muss eine nach Tagen, Wochen etc bestimmte Frist gesetzt werden und diese muss angemessen sein.[19]

V. Nach dem Grundsatze der Objektivität der Frist lässt sich ebenfalls die Frage erledigen, was geschieht, wenn die gesetzliche Frist zu kurz bemessen war.

In einem solchen Falle sind zwei Auffassungen denkbar:

entweder man hält die Frist für unwirksam;

oder man lässt sie die wirklich angemessene Frist im Umlauf setzen.

A. 19) Übereinstimmend auch Niendorff, a. a. O. S. 91.

Die erstere Ansicht vertreten Planck und ihm zustimmend Kipp, S. 88, ferner Schollmeyer, S. 31, Oertmann, S. 14.[20]

Planck, Bd. II, S. 19 u. 20, Anm. 2 geht davon aus, dass der Auffordernde, wenn er die Frist setze, mit dem fruchtlosen Ablaufe der Frist nicht nur Rechte gewinne, wie z. B. in § 326 das Recht, Schadensersatz zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, sondern auch in mehreren Fällen gewisse Rechte verliere, wie z. B. in § 250 das Recht auf Wiederherstellung oder in § 326 das Recht auf Leistung. „Die Rechtsänderung soll nun entweder „mit dem (angegebenen) Zeitpunkt oder garnicht ein„treten: das erstere, wenn die Frist eine angemessene „war, das letztere, wenn dies nicht der Fall sein „sollte."

Aber er selbst muss zugeben, dass der Fristbestimmungsempfänger, wenn man die zu kurze Frist für völlig wirkungslos erklärt, in Wirklichkeit eine viel längere Frist erhalte, indem der Berechtigte nach Ablauf der zu kurzen Frist erst noch wieder eine neue Frist setzen müsse.

Aber dies wäre noch nicht die schlimmste Folge: wenn die zu kurze Frist wirklich ohne jede Bedeutung ist, so würde auch nach Ablauf der tatsächlich angemessenen Frist der Schuldner behaupten

---

A. 20) Ebenso: Litten, a. a. O.; Littmann, a. a. O. S. 63, Anm. 6, S. 77/78. Leistner, a. a. O. S. 44, Anm. 2. Tumbowsky a. a. O. S. 75. Türcke-Niederführ, A. 1 z. § 250 und A. 3 zu § 264.

können, die Frist gelte nicht, da sie zu kurz bemessen sei, und Abnahme noch verlangen können zu einer Zeit, wo der nichtsäumige Teil sich bereits schadlos gehalten hat, z. B. durch einen Deckungskauf. Andrerseits aber könnte auch der Gläubiger, wie Staudinger, S. 4 zu § 250 sehr richtig bemerkt (ebenso Romeik, S. 46), im Falle des § 250 nach dem Ablaufe der von ihm selbst gesetzten Frist noch Herstellung verlangen und die Geldentschädigung verweigern unter Hinweis darauf, dass die Frist als zu kurze eben nicht gelte.

Das würde aber zu Unbilligkeiten gegen den Schuldner führen, der im Vertrauen auf die Endgiltigkeit der Gläubigererklärung eine günstige Gelegenheit zur Herstellung hat vorübergehen lassen, weil er Geldentschädigung zu leisten beabsichtigte.

Freilich darf man nun nicht soweit gehen, wie Staudinger, und behaupten, der Gläubiger verliere nach Ablauf der zu kurzen Frist das Recht auf Herstellung, Leistung etc. und bleibe nur verpflichtet, die innerhalb der wirklich angemessenen Frist vom Schuldner angebotene Leistung oder Herstellung noch anzunehmen.[21]

Die Sache liegt vielmehr so, dass mit der Aufforderung des Fristsetzenden die wirklich an-

A. 21) Diese Folgerung müsste eigentlich auch Planck ziehen, wenn er davon ausgeht, dass der Fristsetzende mit fruchtlosem Ablaufe der Frist nicht nur gewisse Rechte gewinnt, sondern auch sich wichtiger Rechte begibt, wobei übrigens zu bemerken ist, dass der Verlust gewisser Rechte, z. B. des Rechts auf Leistung auf der anderen Seite immer auch die Befreiung von einer Pflicht bedeutet z. B. der Pflicht zur Annahme der Leistung.

gemessene Frist zu laufen beginnt.[22] Sie ist als objektiv angemessene zu betrachten, wenn der Fristbestimmungsempfänger sich durch sein Stillschweigen mit ihr einverstanden erklärt.

Der Gläubiger kann nie die ganze Sachlage übersehen; deshalb muss der Fristbestimmungsempfänger, wenn anders er nicht als der Angemessenheit der Frist zustimmend gelten will,[23] dem Gläubiger mitteilen, dass er die gesetzte Frist für nicht angemessen halte,[24 25] und zwar wird er dabei auch, wie Staub S. 1294 sehr richtig bemerkt, die Gründe seines Widerspruchs angeben müssen.

Dagegen kann man nicht anführen, dass ja auch der Fristsetzende seine Fristsetzung nicht zu begründen braucht, wie Romeik, S. 41 meint; denn die Möglichkeit der Fristbestimmung ist schon eine vom Gesetzgeber zu Gunsten des säumigen Schuldners getroffene Anordnung (vgl. die oben

A. 22) Frisch, a. a. O. S. 32/33 will weder die hier vertretene, noch die hier bekämpfte Ansicht gelten lassen, stellt sich vielmehr auf den Standpunkt von Staub und meint, der Säumige müsse sich auf die Fristsetzung äussern, ob sie ihm angemessen erscheint oder nicht. Frisch vergisst dabei, auf die Frage einzugehen: wie ist es anzusehen, wenn der Säumige sich eben nicht erklärt?!

A. 23) Vgl. hierüber auch Paech, a. a. O. S. 158.

A. 24) Hier begeht Romeik, a. a O. S. 40, eine Inkonsequenz: auf S. 38 spricht er von der Diagonale der Interessen der beiden Parteien, die sich nur durch ein kontradiktorisches Verfahren, eine Reihe von Benachrichtigungen und Anzeigen zwischen den Parteien feststellen lasse, und auf S. 40 soll der Fristbestimmungsempfänger der die Frist für zu kurz hält, nicht einmal verpflichtet sein, dies dem Fristsetzenden mitzuteilen! Wie soll denn da die Diagonale der Interessen herauskommen?

A. 25) Übereinstimmend Niendorf, a. a. O. S. 91.

S. 38, bereits erwähnte Entscheidung des ROHG., Bd. VIII, S. 125), und andrerseits ist die Pflicht des Schuldners, seinen Widerspruch zu begründen, nur seinem säumigen Verhaltend entsprechend; man darf sich doch nicht auf den Standpunkt einseitiger Schuldnerbegünstigung stellen, wie es zu gewissen Zeiten der römischen Rechtsgeschichte Mode war!

Freilich wird man Romeik in einem Falle beistimmen müssen, wenn nämlich die Frist so kurz ist, dass der Fristbestimmungsempfänger überhaupt nicht vor Ablauf der Frist antworten kann; dann gilt aber die gesetzliche Frist auch ohne Antwort des Schuldners als unangemessen nicht deshalb, weil sie der Schuldner für unangemessen hält, sondern weil sie von vornherein auch vom Fristsetzenden als unangemessene gewollt ist; bei solchem Willen des Gläubigers ist die Fristtestsetzung überhaupt ohne rechtliche Bedeutung, wie Romeik selbst S. 44/45 ausführt.

Ist nun aber die Frist durch die Korrespondenz der beiden Parteien [26] eine objektiv richtige geworden, so läuft sie nicht nur zu Gunsten des Schuldners, der die Fristbestimmung empfängt, sondern auch zu Gunsten des fristsetzenden Gläubigers, der also z. B. auch im Falle des § 326 bis zum Ablauf der wirklich angemessenen Frist die Leistung verlangen kann.

A. 26) Man darf hiergegen nicht einwenden, dass dadurch die „einseitige" Fristsetzung zu einer vertragsmässigen wird; nur die Angemessenheit der Frist wird von beiden Parteien festgesetzt. Die Fristsetzung selbst bleibt einseitig.

Resultat: Die zu kurz bemessene Frist setzt die objektiv angemessene in Umlauf[27] und zwar nicht nur zu Gunsten des Fristempfängers, sondern auch des Fristsetzenden.

VI. Ist die Frist übermässig lang bemessen, so hat es damit sein Bewenden.[28] In der zu langen Frist ist die angemessene enthalten: der Fristbestimmungsempfänger wird sicherlich nichts dagegen einwenden: der Fristsetzende seinerseits könnte höchstens dann mit ihr unzufrieden werden, wenn er sich in seinem Interesse verrechnet hat; das wäre aber nur ein Irrtum im Beweggrunde, um dessentwillen eine Anfechtung einer Willenserklärung nicht stattfinden kann (vgl. das auf S. 46, A. 1 Gesagte).

## III. Der § 326 BGB. im besonderen.

Wie oben in § 3 bereits bemerkt, ist der § 326 BGB. derjenige, welcher von den hier in Betracht kommenden §§ die grösste Bedeutung im Rechtssystem des Gesetzbuches hat; er verdient deshalb eine besondere Erörterung.

A. 27) Ebenso Cosack II, S. 348; Fischer-Henle S. 135. Neumann, S. 103. Rehbein II, S. 58. Staub, S. 1294. Sykolny u. Caro, S. 529, Goldmann u. Lilienthal, Bd. I, S. 173, Marcus, a. a. O. S. 32. Übereinstimmend f-rner Niendorf, a. a. O. S. 91/92. Ebenso gibt Paech, a. a. O. S. 157. der oben vertretenen nicht „formalistischen, dem materiell-rechtlichen Geist des BGB. entsprechenden" Ansicht den Vorzug.

A. 28) Ebenso Tumkowsky, a a. O. S. 75.

## § 6.

## Anwendbarkeit des Fristbestimmungsverfahrens gemäss § 326: 1 und Folgen der Anwendung desselben.

### I. Anwendbarkeit.

1. Das Fristbestimmungsverfahren des § 326, 1 findet überall da Anwendung, wo in einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist:

In Verzug kommt der schuldende Teil, wenn er entweder am vertragsmässig festgesetzten Termine — dies interpellat pro homine — oder auf eine Mahnung des anderen Teils hin nicht leistet.

2. Was ist Leistung im Sinne des Gesetzes?

Es ist jede Schuldnerleistung die bei den zweiseitigen Verträgen aber auf beiden Seiten vorliegt: beim Kauf z. B. ist Leistung des Verkäufers Übergabe der Sache und Eigentumsverschaffung, des Käufers Zahlung des Kaufpreises. [1]

Die Erfüllung der Schuldnerleistung kann erzwungen werden, — Schuldnerverzug muss verschuldet sein.

Der Schuldnerleistung stehen gegenüber die Gläubigerverpflichtungen: sie können nicht erzwungen werden (vgl. Kohler, Zwölf Studien, S. 134 ff.) ihre Nichterfüllung ist vielmehr nur von gewissen Nachteilen begleitet, die in den §§ 293 – 304

A. 1) Nicht auch die Abnahme; diese ist vielmehr Gläubigerverpflichtung. S. § 7.

BGB. niedergelegt sind; Gläubigerverzug tritt ein, ganz unabhängig davon, ob dem Gläubiger ein Verschulden zur Last fällt oder nicht.

II. Das Fristbestimmungsverfahren des § 326: 1 BGB. und die Folgen seiner Anwendung.

Nach den allgemeinen Vorschriften über die Folgen des Schuldnerverzuges kann der Gläubiger zunächst nur nachträgliche Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Ablehnung der Leistung nur, wenn die „Erfüllung" (so muss es für gegenseitige Verträge heissen) infolge des Verzuges für ihn kein Interesse hat. Ein Rücktrittsrecht stände demnach nach den allgemeinen Regeln dem Gläubiger überhaupt nicht zu, und das Fristsetzungsverfahren fände nur Anwendung bei rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners.

Da setzt nun für die gegenseitigen Verträge § 326 ein.

Hiernach kann der Gläubiger, wenn der Schuldner mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge ist, zunächst:

1. ebenfalls nachträgliche Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen.

2. er kann aber auch dem Schuldner zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, dass er mit dem Ablaufe der Frist die Leistung ablehne.

a) Dabei ist es, ebenso wie in § 286: 2, ganz gleichgiltig, ob der Schuldner zur Zeit der Fälligkeit mit der ganzen Leistung oder nur mit einem Teile

der Leistung im Verzuge war;[2] denn wenn der Schuldner auch nur in betreff der Zeit im Verzuge war, so ist das auch nur eine Art von teilweisem Verzuge.

b) Fristsetzung und Ablehnungserklärung müssen unbedingt miteinander verbunden sein.[3] Eine Fristsetzung ohne das Präjudiz der Ablehnung hat nur die Bedeutung einer Mahnung, der Gläubiger ist gleichwohl gehalten, nach Ablauf der Frist die Leistung noch anzunehmen;[4] es sei denn, dass er den Interessenwegfallbeweis führt. Andererseits ist eine Erklärung des Gläubigers, dass er anstatt Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, nicht bindend, wenn er nicht vorher dem anderen Teile eine Frist gesetzt hat und diese fruchtlos abgelaufen ist.[5]

---

A. 2) Vergl. Schollmeyer, S. 213; vergl. Neumann, S. 168.

A. 3) Hier braucht die Fristsetzung nicht mit einer Erklärung etwa: dass nach ihrem fruchtlosen Ablaufe ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werde, verbunden zu sein; es ist deshalb dieser § ein gutes Mittel für den Mieter, um den Vermieter zu einer ordnungsmässigen Vertragserfüllung zu drängen, ohne dass er (Mieter) nach fruchtlosen Ablaufe der Frist zur Kündigung gezwungen wäre. — es verbleibt ihm immer noch die Möglichkeit gegen den Mieter zu klagen oder selbst den Mangel abzustellen. Vgl. darüber Beer, a. a. O. S. 38. Ebenso Mittelstein, a. a. O. S. 117, Cosack, Bd. II. S. 465/66, Tumkowsky, a. a. O. S. 75; Schöller, a. a. O. S. 270, auf dessen Auseinandersetzungen über das Verhältnis von § 326 zu § 542 besonders verwiesen sei Vgl. OLG. Breslau v. 24. 10. 01. u. Rspr. d OLG. 1902 Bd. 4, S. 14 und OLG. Karlsruhe v. 14. 12. 01. D. J. Ztg. 1902, S. 464. Ähnlich in § 634; vgl. Riezler, a. a O. S. 116. Im Gegensatz zu § 326 und § 634 steht § 542.

A. 4) Schollmeyer, S. 211; Dür.-Hachenburg II, S. 146; Paech, a. a. O., S. 159.

A. 5) So auch ERG. v. 31. 1. 02. in „das Recht" Bd. 6, S. 149; — vgl. OLG. Hamburg v. 14. 1. 1900 in Rspr. d. OLG. Jg. II, S. 216.

c) Nach Ablauf der Frist tritt vom Standpunkt des Schuldners aus Fiktion der Unmöglichkeit der Leistung, vom Standpunkte des Gläubigers aus Fiktion des Interessenwegfalls ein.

Der Gläubiger ist im Gegensatz zu § 326: 2 nicht mehr berechtigt, die Leistung von dem Schuldner zu verlangen,[6] sondern nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, oder vom Vertrage zurückzutreten befugt; und zwar stehen ihm diese beiden Rechte wahlweis zu.

Für die Ausübung der Wahl ist zwar keine bestimmte Erklärungsfrist vorgeschrieben, doch kann der Schuldner dem Gläubiger gemäss § 327 in Verbindung mit § 355 eine angemessene Frist für die Ausübung des Rücktrittsrechts bestimmen.

Wird der Rücktritt nicht vor Ablauf der Frist erklärt, so erlischt das Rücktrittsrecht des Gläubigers und es bleibt nur der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Ebenso kann der Schuldner dem Gläubiger für die Ausübung des Schadensersatzrechts eine angemessene Frist mit dem Präjudiz der Ablehnung der Schadensersatzleistung stellen; dies ergibt sich aus § 326: 1,3; dieser § verweist auf § 325,

---

Anm. 6) Ebenso ist in § 634 der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ausgeschlossen. Riezler, a. a. O., S. 115/116, meint nun, dass, wenn die Voraussetzungen des § 634 zugleich mit denen des § 633, Abs. 3 vorliegen, der Besteller durch die Fristsetzung nicht des Rechtes aus § 633, Abs. 3, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz zu verlangen, verlustig geht. Das ist richtig, aber nur für die Zeit bis zum Ablaufe der Frist, durch deren Setzung ein Definitivum geschaffen werden soll; nach dem Ablaufe der Frist hat der Besteller vielmehr nur die Rechte aus § 634, Abs. 1,

Abs. 1 Satz 2, dieser wieder auf § 280: 2 und dieser endlich auf die §§ 346—356.

Hat der Gläubiger durch Fristsetzungsbestimmung beide Rechte verloren, so ist er wiederum zur Annahme der Leistung des Schuldners verpflichtet; doch kann er jene beiden Rechte durch Fristbestimmung seinerseits wiedergewinnen.[7]

d) Leistet der Schuldner bis zum Ablauf der Frist nur teilweise, so sind folgende Möglichkeiten denkbar:

α) Da der Gläubiger sich gemäss § 266 Teilleistungen nicht gefallen zu lassen braucht, es sei denn, dass der ausstehende Teil so geringfügig ist, dass die Ablehnung des angebotenen Teils gegen Treu und Glauben verstossen würde, so kann er trotz der nur teilweisn Nichtbewirkung der Leistung das bei der Fristsetzung gestellte Präjudiz gleichwohl eintreten lassen, und zwar bezüglich des ganzen Vertrages; denn teilweise Leistung ist keine „rechtzeitige" Leistung.

β) Nimmt er aber die Teilleistung an, so kann er das bei der Fristsetzung gestellte Präjudiz doch wenigstens für die Restleistung eintreten lassen, d. h. sie ablehnen und in Anbetracht ihrer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.[8]

γ) Aber auch, wenn er die Teilleistungen angenommen hat, kann er vom ganzen Vertrage zurücktreten, oder Schadensersatz wegen Nicht-

A. 7) Vgl. bes. Kipp bei Windscheid, II § 321.

A. 8) So insonderheit Enneccerus-Lehmann, II, S. 493, A 2.

erfüllung bezüglich des ganzen Vertrages fordern, nämlich dann, wenn er nachweisen kann, dass die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse habe; dies ergibt sich aus § 326: 1, 3, welcher auf § 325: 1, 2 verweist.[9]

δ) Auf die Frage, ob anstatt des Interessenwegfallbeweises sich der Gläubiger auch bei teilweiser Nichterfüllung nach Ablauf der Frist des Fristsetzungsverfahrens bedienen kann, gehen die Kommentare und Lehrbücher nicht ein.

Romeik bejaht lebhaft die Frage, doch kann man seiner auf S. 29 gegebenen Argumentation aus dem „auch" des § 283: 2 und einer analogen Auslegung des § 326: 1 nicht zustimmen. Denn das Recht, welches neben das dem Gläubiger bei Interessenwegfallbeweis gegebene Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit „auch" tritt, ist nicht das Fristbestimmungsrecht, wie Romeik S. 29 meint, sondern das Recht auf Schadensersatz wegen des ausgebliebenen Teiles der Leistung.[10]

Der § 326: 1, Satz 3 bringt nur die Folgen teilweiser Nichterfüllung nach Ablauf der Frist mit denen in § 283: 1 und 2 in Einklang.

Romeik a. a. O. S. 27 meint weiter, dass die Gewährung des Fristbestimmungsverfahrens im Falle des Satzes 3 von § 326: 1 die entsprechende An-

A. 9) Vgl. Planck, S. 105; Oertmann, S. 74: Schollmeyer, S. 213; Neumann, S. 169; Cosack, S 348; Enneccerus-Lehmann, S. 493; Stammler, S. 143 A. 4. E. R. v. 22. 1. 1900 D. J. Ztg. 1902, S. 223.

A. 10) So auch Planck, Z. 4, Satz 3 zu § 283.

wendung des § 325: 1, 2 sei. Hätte der Gesetzgeber jedoch die Fristsetzung auch bei teilweiser Erfüllung innerhalb der Frist gestatten wollen, so würde er nicht auf § 325 Abs. 1, S. 2, sondern auf die vorangehenden Sätze 1 und 2 desselben Absatzes des § 326 verwiesen haben. Die Ansicht Romeiks erscheint deshalb zum mindesten sehr gesucht. Dass ferner Abs. 2 von § 326 auf die im ganzen Abs. 1 und nicht nur auf die in Satz 1 und 2 dieses Absatzes bezeichneten Rechte verweist, dürfte lediglich auf einem Versehen des Gesetzgebers beruhen; jedenfalls ist es sehr gewagt, daraus den Schluss ziehen zu wollen, dass in Satz 3 von § 326: 1 auch das Fristbestimmungsverfahren Anwendung finden soll.

Es ist im allgemeinen vielmehr ausgeschlossen, dass der Gläubiger, wenn der Schuldner innerhalb der Frist die Leistung nur teilweise bewirkt, ihm noch einmal eine Frist setzen kann; dies geht schon daraus hervor, dass in diesem Falle der Gläubiger nach Ablauf der Frist auch nicht mehr die Möglichkeit hat, die Leistung und Schadensersatz wegen verspäteter Leistung zu verlangen.[11]

Ferner aber besteht zu Gunsten des Gläubigers bereits, wie oben erwähnt, der § 266; nimmt er gleichwohl die Teilleistungen an, so mag er dem auf Erfüllung des Vertrages auch seitens des

A. 11) Diese Möglichkeit geben ihm zwar Littmann, a. a. O. S. 67 und Georg Rehbein, a. a. O. S. 70. Dem ist aber entschieden zu widersprechen, weil dadurch der Zweck des § 326: 1, einen endgültigen Zustand zu schaffen, sehr beeinträchtigt wird.

Gläubigers vertrauenden Schuldner beweisen, dass er kein Interesse mehr an der Erfüllung habe.[12]

## § 7.
## Nichtanwendbarkeit des Fristbestimmungsverfahrens in 326 : 1.

I. Nichtanwendbarkeit beim Abnahmeverzug des Käufers.

§ 433: 2 lautet: „Der Käufer ist verpflichtet, dem „Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu „zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen".

Die meisten Lehrbücher und Kommentare,[1] sind der Meinung, dass die Abnahmepflicht des Käufers eine Leistung im Sinne der §§ 320—327 sei, der Verkäufer also nicht nur die sich für ihn aus dem Annahmeverzuge des Gläubigers ergebenen Rechte der §§ 293—304, sondern auch die Rechte aus dem Schuldnerverzuge des Käufers gemäss § 326 geltend machen kann. So insonderheit auch Emerich, a. a. O. S. 87/88, und Schöller, a. a. O. S. 11.

Der einzige Kommentar der auf den Abnahmeverzug die Vorschriften des § 326 nicht anwenden

---

A. 12) Über die Einwirkung der aufschiebenden Einreden des Erben auf den Leistungsvorzug und insbesondere auf eine vom Erblasser vollzogene Fristsetzung vgl. Paech, a. a. O. S. 166.

A. 1) So: Dernburg, II, 1, S. 162 u. II, 2, S. 34; Cosack, I, S. 449; Enneccerus-Lehmann, I. S. 591; Planck, A. 7 z. § 433 u. A. 2 z. § 640 („direktes Klagerecht auf Abnahme der Ware"); Oertmann, S. 156/157; Staudinger, S. 179; Fischer-Henle, A. 11 z. § 433 („Klage auf Abnahme der Kaufsache"); Neumann Z. IV. § 433, z. 1 z. § 304, Z. 1 z. 295; Düringer-Hachenburg, Bd. II, S. 133/134; Ramdohr, Grundriss, S. 114. Vgl. auch die Entsch. des OLG. Hamburg v 12. Juli 1901: R. d. OLG. Bd. 4, S. 223.

will, obwohl er im Exkurs vor 373 HGB. A. 42 die Abnahme ebenfalls für eine „Leistung“ hält, ist Staub. Seine Begründung im Exkurs zu § 374 A. 140 ff. ist aber durchaus verfehlt; er meint, unter „der dem Schuldner obliegenden Leistung sei nur die Hauptleistung κατ' ἐξοχήν, das eigentliche Äquivalent für die Leistung des nichtsäumigen Teils zu verstehen“; die Abnahmepflicht sei aber eine Nebenleistung, Abnahmeverzug ein teilweiser Verzug, auf den das Fristbestimmungsverfahren keine Anwendung finde; dieses habe vielmehr nur statt bei ganzer oder teilweiser Nichterfüllung im Quantum der Hauptleistung. Seit Mommsens Schrift über „Unmöglichkeit der Leistung“ dürfte es allgemeine Meinung sein, dass teilweise Nichtbewirkung der Leistung im Quantum nur ein spezieller Fall teilweiser Nichtbewirkung der Leistung, — Nichtbewirkung einer Nebenleistung, wie der Abnahme, oder auch ein solcher Fall ist. Staubs Argumentation ist somit hinfällig.

Zur Beantwortung der Frage, ob „Abnahme“ eine Leistung sei, ist zunächst nachzusehen, was „Abnahme“ bedeuten kann;

1. „Abnahme kann eine besondere Handlung des Käufers bedeuten, zu der er verpflichtet ist; so z. B. l. 9 D. de act. emt. vend.: Si is qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat, oder Kauf eines Hauses auf Abbruch. Hier bedeutet aber die Abnahmeverpflichtung nicht eine Verpflichtung aus dem Kaufe, sondern aus einem mit dem Kaufe verbundenen Werkvertrage;

in der zitierten Pandektenstelle geht dieser Werkvertrag auf Herausholen und Wegbeförderung der Steine (vgl. Kohler, 12 Studien, S. 236), und wenn es heisst: ex vendito agi cum eo potest, so bedeutet dies nur die Klage aus dem aus Kauf und Werkvertrag bestehenden Vertrage, der nur deshalb den Namen „Kauf" hat, weil der Kauf das überwiegende Element ist. Bedeutet aber die Abnahmepflicht die Verpflichtung aus einem neben dem Kauf bestehenden Werkvertrage, so ist die Aufstellung der Abnahmepflicht etwas ganz überflüssiges, weil eben der Käufer aus einem Werkvertrage verpflichtet ist und als Schuldner des Werkes den §§ 320 ff. BGB. unterliegt.[2]

2. Die „Abnahme" ist eine die Annahme bezweckende Ausführungshandlung, ebenso wie das Angebot eine die Leistung bezweckende Ausführungshandlung ist. Fasst man dann die Abnahme als eine Leistung auf:

a) So wird der ganze vom Gesetzbuch als Prinzip aufgestellte Unterschied zwischen Annahme-, d. i. Gläubigerverzug, und Leistungs-, d. i. Schuldnerverzug wieder verwischt; denn Abnahme ist gleich Annahme und bei Annahmeverzug hätte dann der Schuldner wie die in Anm. 1 (S. 57) zitierten Kommentare und Lehrbücher eben aufstellen, die Wahl zwischen

---

A. 2) Fälle, wie die oben angegebenen unterstellte die Kommission zur Beratung von E. II bei der Aufstellung der Verpflichtung zur Abnahme, obwohl Laband (Arch. f. civ. Pr. Bd. 74, S. 303) auf das Unnötige derselben Bestimmung in E. V hingewiesen hatte.

den Folgen des Gläubiger-, und denen des Schuldnerverzuges.[3]

b) In den meisten Fällen wird der Abnahmeverzug gleich Annahmeverzug sein, der Käufer, der die Abnahme, d. h. die körperliche Wegnahme, verweigert, auch nicht „annehmen", d. h. das vom Verkäufer angebotene Gut als vertragsmässiges anerkennen wollen.

Aber selbst wenn man nicht nur annimmt, dass der Käufer bereits seine Gegenleistung erfüllt hat, also nicht in Schuldnerverzug kommen kann, sondern auch, dass er „annehmen" will, — nur „abnehmen" will er nicht, etwa weil er augenblicklich keine Lagerräume hat — auch dann kommt man zu keinem befriedigenden Resultat, denn:

a) Die viel geringere Vertragsverletzung der Nichtabnahme würde die viel schwereren Folgen des Schuldnerverzuges nach sich ziehen gegenüber den leichteren Folgen, die die viel schwerere Vertragsverletzung der Nichtannahme hat.

Dagegen kann man nicht einwenden, dass der Annahmeverzug nicht verschuldet, der Abnahmeverzug als Leistungsverzug aber immer verschuldet sein muss, also die härtere Strafe das Verschulden trifft, — der Abnahmeverzug wird immer verschuldet

A. 3) Ernst Fleck, a. a. O., will wenigstens den Gläubiger der Abnahme dahin einschränken, dass ihm die Rechte aus dem Gläubigerverzug und die aus dem Schuldnerverzug nur alternativ, nicht kumulativ zustehen; damit ist aber wenig geholfen; denn zur Vornahme der Wahl zwischen Schuldnerverzugs- und Gläubigerverzugsfolgen kann er nicht gezwungen werden.

sein, weil es immer Sache des Gläubigers ist — de se queri debet — für Lagerräume zu sorgen.

b) Wenn auf die Abnahme als eine Leistung nach der Ansicht der in Anm. 1 zitierten Schriftsteller die Vorschriften des § 326 Anwendung finden sollen, so müssen auf sie auch die §§ 320—325 angewandt werden.

Wie soll das aber insonderheit bezüglich der §§ 323, 324 und 325 geschehen?

α) § 323: Die Abnahme ist dem Käufer immer möglich, sie wird also infolge eines Umstandes, den weder der Verkäufer noch Käufer zu vertreten hat, nie unmöglich werden können.

β) § 324: Die Abnahme wird unmöglich infolge eines Umstandes, den der Verkäufer zu vertreten hat; dann hat er aber garnicht richtig angeboten und der Käufer kann daher weder in An- noch Abnahmeverzug kommen.

γ) § 325: Die Abnahme wird unmöglich infolge eines Umstandes, den der Käufer zu vertreten hat: Satz 1 v. Abs. 1 gilt nur bei Unmöglichkeit der ganzen Gegenleistung, findet also hier keine Anwendung, weil ja der grösste Teil der Leistung des Käufers, nämlich die Zahlung des Kaufpreises geschehen ist; ebenso findet Satz 2 keine Anwendung, weil der Verkäufer ein grosses Interesse an der Erfüllung hat, nämlich dass er den Kaufpreis behält; bleibt nur noch Satz 3 v. Abs. 1, der Verweis auf 323 und zwar findet hier § 323: 1, Halbsatz, 2 Anwendung; welche Gegenleistung des Verkäufers soll sich hier mindern? Im synallagmatischen Ver-

hältnis zur Abnahmepflicht des Käufers steht hier die Aufbewahrungspflicht des Verkäufers;[4] kann der Käufer dieses Anspruchs überhaupt verlustig gehen? Nein; denn ein Preisgeben der Sache ist vom BGB. ausgenommen bei Grundstücken nicht gestattet, der Schuldner muss also ferner aufbewahren und bleibt auf den Ersatzanspruch aus § 304 angewiesen.

c) Ferner ist Abnahme eine Leistung, so findet § 286: 1. Anwendung: „Der Schuldner hat dem „Gläubiger den durch den Verzug entstehenden „Schaden zu ersetzen." Der Schaden, den der Gläubiger der Abnahme durch die Nichtabnahme erleidet, wird aus der weiteren Aufbewahrung resultieren; für diesen Schaden hat er aber auch, wenn er seine Rechte aus dem Gläubigerverzuge geltend macht, Ersatzanspruch gemäss § 304.

d) Schliesslich: wenn die Abnahme eine Leistung des Gläubigers ist, so gibt es auch ein Angebot der Abnahme des Gläubigers an den Schuldner. Nimmt der Schuldner dieses Angebot nicht an, — und das wird er, wenn und weil er die Kaufsache seinerseits zum Kauf nicht bereit hat — kommt er dann in Gläubigerverzug, weil er das Angebot des Gläubigers nicht angenommen hat, oder in Schuldnerverzug, weil er seinerseits die Kaufsache nicht parat gestellt, nicht angeboten hat?

A. 4) Anderer Meinung Jacobi, a. a. O. S. 288: die Abnahmepflicht des Käufers ist keine synallagmatische und deshalb findet § 326 auf sie keine Anwendung.

Und der Gläubiger seinerseits soll er die Rechte aus dem Gläubigerverzug des Schuldners oder aus dessen Schuldnerverzug geltend machen?

Man sieht, die Auffassung der Abnahme als einer Leistung führt nicht nur zu Ungerechtigkeiten gegen den Käufer, sondern verschafft auch nicht einmal dem Verkäufer andere als die ihm schon aus dem Gläubigerverzuge zustehenden Rechte, und führt ausserdem zu einer unerquicklichen Verwirrung der Sachlage.

Resultat; Abnahme ist keine Leistung im Sinne des § 326, es findet daher auf dem Abnahmeverzug nicht das Fristbestimmungsverfahrens des § 326 Anwendung. Abnahme ist vielmehr ein Teil der Annahme und auf den Abnahmeverzug sind die Vorschriften des Annahmeverzuges — § 304 — 319 BGB. anzuwenden.[5]

II. Das Fristbestimmungsverfahren findet ferner keine Anwendung, wenn der Gläubiger in Folge des

A. 5) Im Resultat übereinstimmend, wie bereits erwähnt, Jacobi, a. a. O., S. 287/288. Was wird nun aber aus der im § 433 : 2 statuierten Abnahmepflicht des Käufers? Sie begründet lediglich eine Klage des Schuldners auf Feststellung dessen, dass er befreit ist, auch wenn er ein anderes als ein gesetzliches Erfüllungssurrogat angewandt hat, so Kohler, l. c. S. 201; oder, wie Jacobi, S. 288, noch besser sagt: die Abnahmepflicht des Käufers bedeutet für den Verkäufer lediglich ein Recht auf Befreiung von der Sorge um die Sache. Dass auf den Abnahmeverzug § 326 : 1 keine Anwendung findet, hat nunmehr auch das RG. ausgesprochen, freilich mit der oben bekämpften Staub'schen Begründung: vgl. ERG. Bd. LIII, S. 161; ferner LG. Berlin 1. 11. 1900 in „Das Recht" 1900, S. 495.; OLG. Stuttgart v. 17. 10. 1902; D. J. Ztg. 1902, S. 584. And. Meinung: OLG. Marienwerder v. 6. 12. 1901, Rechtspr. d. OLG. Bd. 6, S. 50 und OLG. Breslau v. 16. 10. 02 in „Das Recht", Bd. 6, S. 556.

Verzuges kein Interesse an der Leistung hat; Hier ist besonders zu beachten, dass der Wegfall des Interesses eine Folge des Verzuges, nicht anderer Umstände, wie z. B. eines Deckungskaufes sein muss.[6] Dann kann er auch ohne Setzen einer Nachfrist vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern: § 326: 2; dafür hat er aber im Streitfalle den Beweis des Interessenwegfalls zu führen. Dies gilt nicht etwa nur für Fixgeschäfte, für die inbesondere noch § 361 gegeben ist, sondern für jeden Fall, in dem dem Gläubiger aus irgend welchen, dem Schuldner vielleicht gar nicht bekannten Tatsachen das Interresse an der Erfüllung entgeht.[7]

Da die Vorschrift des § 326: 2 lediglich zu Gunsten des Gläubigers gegeben ist, kann sich der Schuldner nicht auf sie berufen und seine Leistung verweigern, weil der Gläubiger kein Interesse mehr an der Erfüllung habe.

III. Schollmeyer macht in Ziffer 6 zu § 326 noch besonders darauf aufmerksam, dass § 326 keine Anwendung findet, wenn die Versäumung der Leistungszeit gleich der Unmöglichkeit der Leistung ist, was immer dann der Fall sein wird, wenn die Leistung nur zur Zeit der Erfüllung geschehen konnte. Dann kommt § 325 zur Anwendung.

A. 6) Lehrreich in dieser Beziehung ist Entsch. des OLG. Celle v. 12/7. 01. in Seuff. Arch. Bd. 56, S. 444 und die Entscheidung des KGR.v. 20. 6. 1901: R. d. OLG. Bd. 4, S. 19.

A. 7) Vgl. Szkolny u. Caro, S. 326.

## § 8.

## Anwendung des Fristbestimmungsverfahrens vor dem Fälligkeitstermine.

I. Eine schon unter der Herrschaft des alten HGB. viel erörtete Frage ist die, ob es bei vorheriger Erfüllungsverweigerung eines Kontrahenten für den anderen noch einer Fristbestimmung bei Eintritt der Fälligkeit bedarf, um das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt zu erhalten.

Die Frage scheint mir falsch gestellt zu sein nicht darauf kommt es dem vertragstreuen Kontrahenten an, zu wissen, was er bei Eintritt der Fälligkeit zu tun habe, sondern zu wissen, ob er überhaupt mit der Geltendmachung seiner Rechte bis zum Fälligkeitstermine zu warten braucht, ob er nicht vielmehr gleich nach der eingegangenen Erfüllungsverweigerung des anderen Teils die nötigen Schritte tun kann, um aus der durch die Weigerung entstandenen misslichen Lage herauszukommen.

Schon Theorie und Praxis unter der Herrschaft des alten HGB. suchten dem Gläubiger hier zu helfen [1] Sie stellten fest, dass der einmal erklärte Wille nicht erfüllen zu wollen, als Ernst aufzufassen sei, der diesen Willen kundgebende Vertragsteil sofort in Verzug komme, der andere Teil daher nach dem Grundsatz der Gleichberechtigung beider Teile gemäss a. HGB. Art. 354 56 seinem Willen und Verlangen auf Schadensersatz wegen Nicht-

A. 1) Vgl. ins. die Entsch. des ROHG. Bl. III S. 210/211, u 321/322 VI, 326, X, 241.

erfüllung oder Rücktritt auch sofort Ausdruck geben könne und dass eine Wiederholung dieser Erklärung am Fälligkeitstermine nicht nötig sei.

II. Nun sind die Art. 354—56 des alten HGB. seit dem 1. I. 1900 durch BGB. § 326 ersetzt worden und es fragt sich, ob die vor dem 1. I. 1900 angenommene Theorie auch heute noch von Bedeutung ist.

Zweifellos muss man annehmen, dass, während nach dem alten HGB. das Recht des nichtsäumigen Teils auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt im Augenblicke des Verzuges des anderen Teils entstand, nach der Fassung des BGB. § 326, 1:2:

„nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt,
„Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen
„oder vom Vertrage zurückzutreten,"

dieses Wahlrecht im BGB. erst mit dem Ablaufe der Frist entsteht.

Folglich bedarf es nach BGB. § 326: 1 immer einer Fristsetzung im Gegensatz zum alten HGB. Art. 354—56, nach welchen nicht ausdrücklich eine Frist gesetzt zu werden brauchte, sie vielmehr dem Säumigen von der Anzeige der Vornahme des Wahlrechts an kraft Gesetzes läuft.

Deshalb sind die Ausführungen Niedners ganz falsch, wenn er die Fristgewährung des alten HGB und die Fristbestimmung des BGB. auf eine Stufe stellt mit der Begründung, dass die Kommission zur Beratung des E. II. beide für § 326 vorgeschlagenen Fassungen, von denen die eine der des alten HGB. entsprach und die andere die des

BGB. wurde, gebilligt und es der Redaktionskommission überlassen habe, welchen von beiden sie annehmen wolle.

Man darf doch nicht das Gesetz aus der nichtangenommenen Fassung interpretieren, wie Niedner will, sondern aus der angenommenen; man darf auch nicht, wie Niedner, sagen, „die Redaktions-„kommission sei sich anscheinend nicht darüber „klar gewesen." welche Zweifel und Streitigkeiten sie durch die angenommene Fassung ins BGB. hineintrage; auch sei die Annahme nur erfolgt, so meint Niedner weiter, um den § 326 äusserlich in Einklang zu bringen mit ähnlichen gleichlautenden §§ des BGB. Ganz abgesehen davon, dass sich die Redaktionskommission wahrscheinlich ganz klar über ihr Vorgehen gewesen ist und jene Fassung aus dem inneren Grunde der schärferen Präzisierung angenommen hat, kann es dem Juristen, der das Gesetz interpretiert, sehr gleichgiltig sein, welche Motive eine Gesetzeskommission gehabt oder nicht gehabt hat; er hat das Gesetz nur zu interpretieren nach dem ihm vorliegenden Text, — der Gesetzgeber spricht durch das Gesetz. [2]

Also: ohne eine Fristbestimmung kann nach BGB. der nichtsäumige Teil die Rechte aus § 326: 1, 2

A. 2) Hier hat also besonders Staub, der die oben vertretene Meinung ebenfalls vertritt, sehr Recht gegenüber Dernburg, welcher behauptet, die Ablehnung der Erfüllung sei auch ohne Setzen einer Nachfrist dann genügend, wenn der säumige Kontrahent eine angemessene Frist verstreichen lässt, ohne zu erfüllen. „Frist bestimmen" ist eben schärfer als „Frist gewähren". Ebenso wie oben: Dür.-Hackenberg, II, S. 144.

nicht geltend machen, es sei denn bei dem oben besprochenen Interessenwegfall.

Aber es fragt sich, ob der vertragstreue Kontrahent mit der Fristbestimmung überhaupt bis zur Fälligkeit zu warten braucht, ob nicht vielmehr ebenfalls nach BGB. der vertragsuntreue Teil im Augenblick der Weigerung in Verzug kommt und schon hier der andere Teil eine Frist setzen kann. Erler meint, dass Verträge geschlossen werden, um erfüllt zu werden.

Das ist sehr richtig.

Das muss man aber doch zunächst vor allem auf den die Erfüllung verweigernden Teil beziehen und sagen: also bleibe er dem Vertrage treu und verweigere nicht die Erfüllung.

Wenn er aber nun einmal vertragsuntreu geworden ist, so kann man doch nicht dem anderen Teil zumuten wollen, bis zum Erfüllungstermine zu warten.

Eine Erklärung des einen Teils, nicht erfüllen zu wollen, ist als Ernst aufzufassen,[3] er kommt dadurch in Verzug; das ist auch vom Standpunkte des BGB. auszusagen und dem hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen in seiner Entsch. vom 26. XI. 1901: Danach setzt sich ein Kaufmann, der schon vor Eintritt die Fälligkeit die bestimmte Erklärung abgibt, nicht erfüllen zu wollen, von selbst in Verzug (siehe Plancks Mitteilung in der

---

A. 3) Die von Kohler, 12 Studien S. 157/8, vertretene gegenteilige Meinung ist zur Genüge widerlegt von Planck, l. c. S. 88/89.

Deutsch. Jur. Ztg. 1902, S. 68); die Vertragsstrafe verfiel daher in dem unterliegenden Falle.

Freilich macht Simonson in der D. Jur. Ztg. 1902, S. 121, mit Recht darauf aufmerksam, dass der Verfall der Vertragsstrafe gemäss BGB. 339 lediglich an den Verzug geknüpft, für das durch die Fristbestimmung bedingte Wahlrecht des § 326: 1, 2 damit also noch nichts gewonnen sei.

Aber das eine steht doch fest:

Nach der Ansicht des höchsten Gerichtshofes setzt Erfüllungsverweigerung in Verzug.

Den weiteren Weg hat aber Kohler in seinen „Zwölf Studien" zunächst für den Gläubigerverzug gewiesen:

Der Schuldner, welchem gegenüber der Gläubiger die Annahme verweigert hat, hat zu erklären, dass er seinerseits am Vertrage festhalte;

„dabei kann er dem Gläubiger eine Frist setzen, „um zu wissen, ob er auf der Weigerung bestehe, „nach deren Ablauf, wenn der Gläubiger die Wei„gerung wiederholt oder mindestens nicht zurück„genommen hat, alle Voraussetzungen des Annahme„verzuges gegeben sind," d. h. er kann die daraus fliessenden Rechte geltend machen. Ebenso nun kann der Gläubiger, wenn der Schuldner die Leistung verweigert, bei dem hierdurch eintretenden Verzuge dem Schuldner eine angemessene Frist setzen; nur geschieht hier die Fristsetzung nicht zur Bewirkung der Leistung, sondern zur Erklärung des

Schuldners darüber, ob er bei seiner Weigerung beharre.[4]

Nach dem Ablaufe der Frist stehen ihm dann die Rechte des § 326: 1, 2 zu. Die Angemessenheit der Frist bestimmt sich nun aber nicht etwa vom Fälligkeitstermine ab, wie Brückmann in der D. Jur. Ztg. VII. Jg. S. 221 (Nr. 9) meint, sondern schon von dem durch die Erfüllungsweigerung gegebenen Verzuge ab.[5] [6].

Die angegebene Lösung entspricht der bona fides, Treu und Glauben, die das BGB. als obersten Grundsatz zum ersten Mal von allen Gesetzbüchern der Welt aufgenommen hat (vgl. Stammler S. 50 ff.), — sie trägt dem Gläubiger und dem Schuldner in gleicher Weise Rechnung, steht also auf dem Boden der neueren Rechtsentwicklung, die dahin geht, von dem Formalsystem des römischen Rechts endlich loszukommen, ohne die allgemein menschlichen Güter, welche dieses Recht durch die

A. 4) Rosenberg macht in der Pos. Jur. Mon.-Schr. noch darauf aufmerksam, dass bei dieser Lösung auch § 326: 2 seine Bedeutung behält und es nicht einmal der Fristsetzung bedarf, wenn z. B. die Leistung bis zu ihrer Herstellung einen bis zur Fälligkeit reichenden Zeitraum erfordert. A. a. O. Jg. 5, S. 39.

A. 5) Da es nach der oben vertretenen Ansicht einer Fristsetzung immer bedarf, ehe der Gläubiger die Rechte aus § 326 geltend machen kann, fallen die Bedenken Krückmanns, dass der böswillige Schuldner schlechter gestellt sei, als der gewissenhafte, von selbst fort.

A. 6) Mit Brückmanns Auskunftsmittel ist dem Gläubiger garnicht geholfen; was soll denn z. B. der Käufer bis zum Fälligkeitstermine machen? Er kann ja nicht einmal einen Deckungskauf vornehmen! Und wenn er es tut, muss er am Fälligkeitstermine immer gewärtig sein, auch noch die zuerst verweigerte Leistung anzunehmen.

scharfe Präzisierung der Begriffe gegeben hat,[7] zu verkennen.

II. Freilich, wenn der vertragstreue Kontrahent bis zum Erfüllungstermine wartet, so kann er nicht sofort, die sich aus § 326: 1 2, ergebenden Rechte geltend machen, sondern muss zuvor eine Frist bestimmen. Aber wie Romeike, a. a. O., sehr richtig ausführt, wird es selbst in diesem Falle der Fristbestimmung nicht bedürfen, weil er kein Interesse mehr an der Leistung haben wird; denn wenn der säumige Teil sich ernstlich und entschieden geweigert hat, zu erfüllen, so ist anzunehmen, dass er ohne gerichtliches Urteil zur Erfüllung nicht zu bringen sein wird.[8] Mit der Erfüllung aber bis zu einem gerichtlichen Urteile zu warten, liegt nie im Interesse des nichtsäumigen Teils, sei es des Käufers, der sich schnell wird anders decken müssen, sei es des Verkäufers, der die Ware bald los sein will, sei es des Mieters oder Vermieters etc.

## § 9.

## Fristbestimmungsverfahren bei positiver Vertragsverletzung durch den Verkäufer.

I. Zum Schluss sei noch auf eine interessante Frage hingewiesen, die neuerdings in Litteratur und

A. 7) Vgl. hierüber Iherings Geist des römischen Rechts, Einleitung, und Chamberlain, Grundlagen des 19. Jahrhunderts, Kapitel über „Römisches Recht".

A. 8) Auch die Rechtsprechung in den vergangenen Jahren hat eine Fristsetzung in diesem Falle nicht für nötig gehalten, vgl. RG. v. 29. 4. 1902 und die bei Soergel, 1902, S. 52 angeführten Entscheidungen.

Praxis aufgetaucht ist: ob nämlich der Gläubiger, insbesondere der Käufer, die Rechte des § 326 auch geltend machen kann bei positiver Vertragsverletzung seitens des Verkäufers.

Dieser Frage liegt folgender auch vom Reichsgericht entschiedener Fall zu Grunde:

Ein Wirt hatte mit einer Brauerei auf Jahre hinaus einen Vertrag abgeschlossen, nur von ihr sein Bier zu beziehen. Konnte nun der Wirt, wenn die Lieferungen schlecht ausfielen, vom Vertrage zurücktreten?

Das Reichsgericht[1] bejaht die Frage: es habe als selbstverständlich bedungen zu gelten, dass fortgesetzt gut zu liefern und andernfalls der Rücktritt gestattet sei; denn eine schlechte Lieferung sei geeignet, einen erfolgreichen Wirtschaftsbetrieb unwiederbringlich, also für dauernde Zeit auszuschliessen. Dem gegenüber macht Dernburg[2] mit Recht darauf aufmerksam, dass einerseits ein Rücktrittsrecht im Falle schlechter Lieferungen, vor allem seitens des Verkäufers, keineswegs schlechthin bedungen sei, andrerseits aber bei der Begründung des Reichsgerichts ein Wohlhabender sich schlechte Lieferungen gefallen lassen müsse; denn bei ihm werde durch schlechte Lieferungen seitens eines Verkäufers ein „erfolgreicher Wirtschaftsbetrieb" nicht unwiederbringlich ausgeschlossen.

Auf andere Weise sucht Staub[3] die Frage zu lösen; er will den bei „schuldhaften Unterlassen"

A. 1) Deutsch. Jur. Ztg., Jg. 7, 1902, S. 118.
A. 2) Deutsch. Jur. Ztg., Jg. 8, 1903, S. 1 ff.
A. 3) a. a. O. S. 29.

einsetzenden § 326 auf „schuldhaftes positives Tun", welches bei schlechten Lieferungen des Verkäufers vorliege, analog anwenden, weil der Rechtsgedanke derselbe sei.

Aber fragt Dernburg mit Recht, ist die Unterstellung des Reichsgerichts, ist die Analogie Staub's durchaus notwendig? Wir stehen unter einer positiven Gesetzgebung: gibt das BGB. nicht bereits erschöpfende Vorschriften für den besprochenen Fall?

Dernburg gebührt das Verdienst,[4] hier Klarheit geschaffen zu haben; seine Ausführungen seien kurz wiedergegeben.

II. Es ist zu unterscheiden:

1. Die Kaufsache ist dem Käufer noch nicht übergeben. Dann braucht er sich eine mangelhafte Lieferung nicht gefallen zu lassen, da sie keine vertragsmässige ist; er kann sie zurückweisen und der Käufer kommt durch die Zurückweisung der mangelhaften Lieferung in Verzug, sofern auch die übrigen Erfordernisse des Verzuges, Fälligkeit der Forderung und Mahnung oder Eintritt des bestimmten Lieferungstermins gegeben sind. Ist aber der Verkäufer mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann der Käufer ihm gemäss § 326: 1 zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, dass er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Läuft

A. 4) A. a. O. 3 f.

nun die Frist ab, ohne dass der Verkäufer leistet, so kann der Käufer vom ganzen Vertrage zurücktreten.

In diesem Falle würde also das Fristbestimmungsverfahren unbedingt Anwendung finden.

2. Anders dagegen, wenn der Käufer die Lieferung angenommen hat. Findet darauf der Käufer Sachmängel, so ist er ausschliesslich auf die §§ 459—493 angewiesen; hier hat der Gesetzgeber die Rechtsfolgen bei Mängeln der Sache so ausführlich und erschöpfend geregelt, dass für § 326 kein Platz übrig bleibt. Denn „durch die Annahme der Erfüllung verändert sich die Lage zum Nachteil des Annehmenden, . . . . dagegen hat er aber auch die grossen Vorteile, welche der Besitz der Sache gewährt", — so Dernburg, a. a. O., S. 4.

Hat also in dem oben besprochenen Falle der Wirt eine Lieferung Bier angenommen und findet er sie schlecht, so kann er, falls auch die Voraussetzungen der §§ 459/460 vorliegen, nur Wandlung und Minderung, oder auch, da Bier eine der Gattung nach bestimmte Sache ist, an Stelle der mangelhaften Sache Lieferung einer mangelfreien verlangen; handelt es sich um eine zugesicherte Eigenschaft oder hat der Brauereibesitzer einen Fehler arglistig verschwiegen, so kommt für den Käufer als viertes Recht noch dasjenige auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung dazu. Dem Käufer stehen also auch im Falle der Annahme der mangelhaften Lieferung eine Fülle von Rechten zu.

Hat er aber bei der ersten Lieferung schlechte Erfahrungen gemacht, so wird er die folgenden Lieferungen vor ihrer Annahme prüfen; findet er dabei, dass das Bier schlecht ist, so kann er die Annahme verweigern, die Brauerei kommt in Verzug und dem Wirt steht das Fristbestimmungsverfahren des § 326 offen.

## Berichtigungen.

Es muss heissen:

1. Auf S 49 Z. 14 v. o. anstatt „S. 46“ S. 30.
2. Auf S. 54 Z. 3 v. o. anstatt „Fristsetzungsbestimmung“ Fristsetzung.
3. Auf S. 66 Z. 8 v. u. anstatt „läuft“ lief.
4. Auf S. 73 Z. 10 v. u. anstatt „Käufer“ Verkäufer.
5. In der Anm. 3 auf S. 52 gehört der Schlusssatz: „Im Gegensatz . . .“ an den Anfang der Anmerkung.